

DES JUGES QUI NE GOUVERNENT PAS

OPINIONS DISSIDENTES A LA COUR SUPRÊME
DES ETATS-UNIS (1900-1933)

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Jeudi 7 Décembre 1933, à 14 heures

PAR

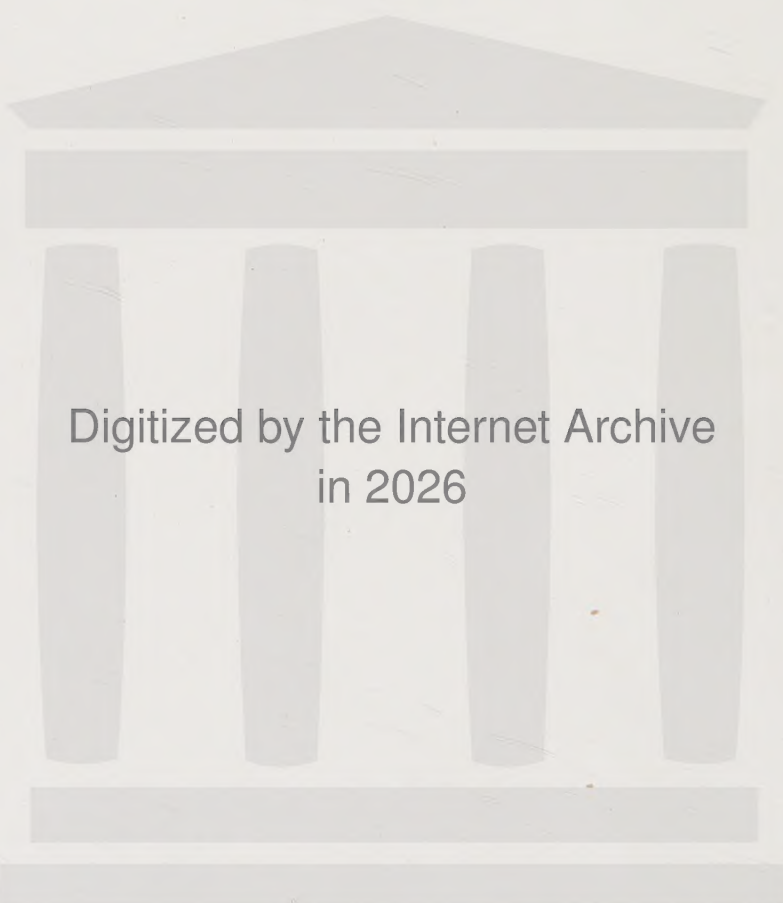
Roger PINTO

Licencié ès Lettres
Diplômé d'Etudes Supérieures de Lettres

JURY. { *Président : M. GIDEL, professeur.*
 { *Assesseurs { MM. BASDEVANT, professeur.*
 MESTRE, professeur.

LIBRAIRIE
DU
RECUEIL SIREY
(SOCIÉTÉ ANONYME)
22, rue Soufflot, PARIS, (V°)

1933



Digitized by the Internet Archive
in 2026

THÈSE POUR LE DOCTORAT

*La Faculté n'entend ni approuver, ni désapprouver
les opinions émises dans les thèses, ces opinions
doivent être considérées comme propres à leurs
auteurs.*

DES JUGES QUI NE GOUVERNENT PAS

OPINIONS DISSIDENTES A LA COUR SUPRÊME
DES ETATS-UNIS (1900-1933)

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Jeudi 7 Décembre 1933, à 14 heures

PAR

Roger PINTO

Licencié ès Lettres
Diplômé d'Etudes Supérieures de Lettres

JURY.. { *Président : M. GIDEL, professeur.*
 { *Assesseurs { MM. BASDEVANT, professeur.*
 MESTRE, professeur.

LIBRAIRIE
DU
RECUEIL SIREY
(SOCIÉTÉ ANONYME)
22, rue Soufflot, PARIS, (V^e)

1933



INTRODUCTION

I

Place du Droit constitutionnel américain dans la vie politique, sociale et économique des Etats-Unis.

1. Le contrôle judiciaire. — Un aspect tout à fait original de la vie politique américaine est le contrôle par les tribunaux et, au sommet, par la Cour suprême des Etats-Unis de la constitutionnalité des lois¹.

Contrôle autrefois assez peu répandu dans les autres systèmes constitutionnels du monde. En France nous l'ignorons. Une partie de la doctrine le regrette. Aujourd'hui on le retrouve, transformé, dans de nombreuses Constitutions de l'après-guerre^{1 bis}. La Constitution espagnole, dernière en date, institue une Cour spéciale des garanties constitutionnelles. Elle a surtout pour but de protéger la liberté individuelle du citoyen contre l'arbitraire du pouvoir.

Aux Etats-Unis l'existence même d'un Etat fédéral implique celle d'une autorité compétente pour départa-

1. C. G. HAINES I; J. LAMBERT I-A; CORWIN A; DAVIS A; E. LAMBERT A; LEBLANC A; BLONDEL A; GALLAND A.

1 bis. Il existe aujourd'hui avec différentes modalités d'application (Compétence, Juridictions), en Allemagne, Autriche, Australie, Argentine, Bolivie, Brésil, Canada, Chili, Colombie, Costa Rica, Cuba, Danemark, Espagne, Haïti, Honduras, Irlande, Mexique, Nicaragua, Norvège, Panama, Portugal, République Dominicaine, Roumanie, San Salvador, Suisse, Tchécoslovaquie, Union Sud-Africaine, U. R. S. S., Venezuela. Mais nulle part, la dictature judiciaire n'est aussi intégralement réalisée qu'aux Etats-Unis, la souveraineté, dans ces Etats, appartenant en dernière analyse au Parlement ou à l'Exécutif. Le contrôle de la constitutionnalité par le juge rend le plus souvent possible le fonctionnement d'un Etat fédéral. V. HAINES A, p. 572; MIRKINE-GUETZEVITCH, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois soviétiques* 42 R. D. P. 683 (1925).

ger cet Etat et les Etats de l'Union. Le souci de sauvegarder les droits réservés aux Etats particuliers, d'éviter les empiètements des organismes locaux fait attribuer ce rôle, en dernier ressort, à un tribunal suprême, institution fédérale, sans doute, mais dont l'organisation permet l'indépendance et l'impartialité.

Cette explication logique est historiquement contestable. Il est évident que l'application du Pacte international que contient la Constitution, exige un juge. La Cour suprême fédérale possède compétence expresse pour connaître des litiges entre les Etats de l'Union (art. 3, sect. 2, p. 1) et pour apprécier si leurs lois ne sont pas contraires à la charte fédérale (art. 6, p. 2)². Mais la constitution ne prévoit pas le contrôle de la constitutionnalité des lois fédérales.

C'est une institution d'origine jurisprudentielle, et ce n'est pas la seule^{2 bis}. La décision fameuse de *Marbury v. Madison*, premier acte — ou prologue — du gouvernement des juges, affirma le pouvoir de la Cour suprême. Elle passe à ce moment presque inaperçue du public³; les initiés la considèrent comme une déclaration purement gratuite. Puis le contrôle juridictionnel prend une ampleur considérable que souhaitèrent les rédacteurs de la Constitution, qu'ils n'avaient point osé prévoir dans les textes. Il complète et renforce ce système antidémocratique⁴ de « *checks and balances* » de contrepoids et de tares, destiné à ralentir les revendications populaires.

2. J. LAMBERT I, p. 54.

^{2 bis}. La théorie des pouvoirs implicites du Congrès, les droits des nouveaux Etats admis dans l'Union, le Statut des Territoires, les pouvoirs de révocation du Président ont dépendu de décisions de la Cour. L'organisation du collège électoral, et des partis politiques, la procédure du Congrès concernant le système des commissions et le vote des lois financières sont régis par de nombreuses règles coutumières. V. HORWILL A.

3. J. *Cranch* 137. J. LAMBERT, I, p. 64, note 1. La Cour suprême, au commencement de son histoire n'a qu'un rôle modeste. Le recrutement est difficile. JAY, président de la Cour, démissionne préférant le gouvernement de New-York; RUTLEDGE, la présidence de la Cour suprême de South-Carolina; J. Q. ADAMS dont la nomination est confirmée par le Sénat ne l'accepte pas. En 1811 trois offres sont faites sans succès. V. HART, A. vol. III, p. 291.

4. C. G. HAINES A; MC BAIN A, ch. V.

Ainsi une loi a pu être votée par le Sénat et la Chambre des Représentants, promulguée par le Président des Etats-Unis, mais à l'occasion d'un procès que soulève son application, ou spécialement soulevé par des intéressés — *test case* — la Cour suprême va la déclarer non conforme à la loi supérieure, à la Constitution.

Ou bien la législature d'un Etat particulier a voté une loi, le Gouverneur de l'Etat la ratifie, la Cour suprême de l'Etat l'applique, malgré cet ensemble impressionnant de volontés identiques, la Cour suprême saisie va pouvoir pratiquement faire disparaître cette loi, comme contraire à la Constitution fédérale ⁵.

Depuis 1789, plus de soixante lois votées par le Congrès ont été déclarées inconstitutionnelles et le nombre est naturellement beaucoup plus élevé pour les lois des Etats particuliers de l'Union (environ une sur quatre) ^{5 bis}.

2. Sa portée politique et sociale. — Ce pouvoir d'examiner les lois dans la forme (vote régulier, promulgation, publicité) et surtout au fond, donne au Tribunal Suprême une importance considérable. Il ne délivre pas

5. La Cour suprême est saisie sur *appel*, *erreur*, *certificate* (juridiction obligatoire) *certiorari* (juridiction facultative, accordée dès que quatre juges y sont favorables) suivant les cas et les tribunaux. WILLOUGHBY A. § 796, p. 1267. FRANKFURTER. Il doit, semble-t-il, exister un litige né et actuel, un « case » une « controverse » (Art. III, sect. 2) notes : 41 *H. L. R.* 232 (1927). 45 *H. L. R.* 1089; 41 *Y. L. J.* 1195 (1932); WILLOUGHBY A § 16, p. 14, § 1067, p. 624; la Cour ne rend pas de jugements « déclaratoires » : *declaratory judgments*. E. M. BORCHARD I et II RIBICOFF I (dictum *Idu* *Granis Case* 279 *V. S.* 70). *adde Warehouse Co. v. Tobacco Growers* 276 *V. S.* 89 (1928); *Willings v. Chicago Auditorium Ass* 277 *U. S.* 274 (mais vigoureuse protestation du Juge STONE); *Arizona v. California*, 283 *U. S.* 423 (1931); *Piedmont and Northern Ry Co v. U. S.*; 230 *U. S.* 469 (1930); V. cependant un cas récent *Nashville, Chattanooga, St Louis Ry v. Wallace*, 53 *Sup. Ct.* 345 (1933) note 31 *Mich ML. R.* 707 (1933); 46 *H. L. R.* 745; 42. *Yale L. J.* 974 (1933); 33 *Col. L. R.* 532 (1933); E. ELLINGWOOD I; E. LAMBERT A, p. 182. On ne peut lui demander des « avis ». Toutefois, quand elle est saisie sur « *certificate* », il s'agit de questions de droit qui lui sont posées, certifiées par les juridictions inférieures à l'occasion d'un procès.

5 bis. HAINES A Appendice I : 60 lois jusqu'à 1928; entre 1790 et 1911, 33 lois du Congrès, 236 lois d'Etats ont été déclaré inconstitutionnelles : B. F. MOORE, *The Supreme Court and unconstitutional legislation*, p. 139; enfin d'après R. A. BROWN I, p. 944 la Cour invalide la législation sociale dans 6 % des cas entre 1868 et 1912, 7 % entre 1913 et 1920, et 28 % depuis 1920.

seulement des opinions juridiques qui s'imposent à toute la hiérarchie des cours et des tribunaux, mais de véritables opinions politiques qui, en fait, limitent très certainement le pouvoir législatif comme le pouvoir exécutif. Il arrive au Congrès de voter des textes nettement démagogiques ⁶, comptant sur la Cour pour les arrêter : c'est quelquefois le rôle du Sénat en France. La Cour suprême devient l'arbitre des destinées de la nation. « Dans la plus grande partie des causes soumises à son jugement, écrit l'Attorney-Général WICKERSHAM, chaque décision devient une page d'histoire » ⁷.

Et le Président ROOSEVELT en 1902 : « Dans une étude approfondie de la vie politique américaine, il ne serait pas possible d'omettre le rôle joué par la Cour suprême dans la création, non pas simplement la modification, des grands mouvements politiques qui ont amené notre pays jusqu'à sa position présente ⁸. »

Les dernières années du XIX^e siècle ont vu croître cette importance et cette influence. Si les textes demeurent, les peuples et leurs conditions de vie changent. Au moment où l'économie et la philosophie individualiste nées des mouvements commerciaux du XVIII^e siècle, se trouveront modifiées et dépassées par une économie et une philosophie sociales nouvelles, avènement rendu nécessaire par la révolution industrielle et l'apparition du machinisme, au moment donc où la société américaine essaie d'organiser, de contrôler ces forces par une législation appropriée, le rôle du juge, gardien éclairé ou étroit d'une Constitution vieillie, passe au premier plan ^{8 bis}.

6. *U. S. Daily*, 24 mars 1932; lettre de l'Attorney général MITCHELL au président Hoover (qui lui avait demandé son avis sur une loi du Congrès concernant les conflits du travail). L'Attorney général, sans vouloir se faire juge des questions constitutionnelles que soulève la loi, car il estime qu'elles relèvent du pouvoir judiciaire, invite le président à la promulguer. Cf. J. B. THAYER A. p. 39 *Evans v. Gore* 253 U. S. 248 (1920).

7. 219 U. S. XV.

8. Cité par WARREN A, p. 1.

8 bis. L'évolution est assez exactement reflétée par la diminution des litiges concernant la *Common law*, 38 % en 1825, 43 % en 1875, 5 % en 1925.

Au même moment les procès de *Common law*, comprenaient 63 % des affaires ² New York, 62, % dans le Wisconsin et le Colorado.

Quelle va être l'action du gouvernement fédéral sur la vie nationale ? Un juriste américain, le professeur FRANK. J. GOODNOW, remarquait en 1911 : « Par le vote d'un Code du travail et des manufactures, dont l'observation serait nécessaire pour tous ceux qui s'engagent dans le commerce entre les Etats, le Congrès pourrait pratiquement éliminer de chez nous les mauvaises conditions du travail, dans la mesure où ces conditions peuvent être touchées par des lois, comme il a éliminé les loteries démoralisantes et les produits alimentaires impurs et nocifs⁹. »

Oui, mais la Cour suprême allait-elle permettre cette évolution que les rédacteurs de la Constitution ne pouvaient évidemment prévoir ? Nous verrons justement qu'elle y a opposé jusqu'à présent un veto formel, malgré certaines opinions dissidentes remarquables sur le sujet.

L'Etat de New-York passe une loi réduisant les heures de travail des ouvriers boulangers, une ville interdit les fumées industrielles dans un certain périmètre urbain, l'Etat de Mississipi supprime les « Fraternités » (associations d'étudiants) dans les Universités d'Etat, l'Etat de Washington réglemeute les bureaux de placement, le District de Columbia établit un minimum de salaire pour les femmes qui travaillent, la Cour suprême aura le dernier mot et décidera sans recours ou presque, si la loi est applicable ou non. On conçoit facilement avec quel intérêt, quelle passion l'opinion publique américaine suit le jugement de certaines affaires devant la Cour. Pour l'homme de la rue qui ignore ou ne peut comprendre¹⁰ les subtils motifs juridiques de la Cours, les nécessités d'interprétation restrictive qu'impose la Constitution, il s'agit tout simplement de politique. Les décisions pas-

9. F. J. GOODNOW A, p. 92.

10. V. J. LAMBERT I. Les nombreux articles cités dans la bibliographie ont paru dans des revues de vulgarisation lues par le grand public : *The Nation*, *Current History*, *Literary Digest*, *Journal of Commerce*, *New Republic*, *Atlantic Monthly*; nous en trouverons extraits de *Forum*, *Scribner's*, *Review of Reviews*, *The Nation*, *World's Works*, *Saturday Evening Post*, *Commonweal*, *American Mercury*, etc. adde WARREN A, v. VI.

sionnement attendues sont passionnément commentées et discutées. Dans les causes importantes, la minorité battue, croit, à juste titre, de son devoir d'exprimer son opinion, de justifier son attitude et de placer, pour ainsi dire, l'autre partie de la Cour devant ses responsabilités.

La Cour est devenue un haut-conseil de gouvernement. Elle domine tous les autres pouvoirs, ceux de la Fédération et ceux des Etats particuliers. Ses membres sont les suzerains — les « *overlords* » — de la nation¹¹. La Cour continue — session ajournée — la Convention qui forgea la Constitution. (NEWTON D. BAKER). Elle permet l'évolution politique, retarde l'évolution économique, essaie de consolider dans les cadres traditionnels la société américaine du xx^e siècle.

3. Le juge de la Cour suprême. — Il n'est donc pas exagéré de dire que les juges à la Cour suprême sont surtout des hommes d'Etat. L'exemple fameux de JOHN MARSHALL suffirait à justifier cette proposition. Anciens présidents des Etats-Unis, anciens ministres, ne croient pas déchoir en acceptant d'être membres de ce tribunal. D'autres doivent leur promotion aux services électoraux qu'ils ont rendus. Certains sont choisis pour leur expérience et leur science éprouvée du droit.

En tout cas, on ne peut nier que leur éducation, leurs affiliations politiques et sociales, leur philosophie n'influencent leurs décisions¹². Ils sortent souvent d'un barreau conservateur. Avocats des grands trusts, conseillers des patrimoines les plus importants, toute leur vie

11. BRANDEIS J, dans *Burn's Baking Co v. Nebraska* (1924) 264 U. S. 534 (dissent) « Decider que... est l'exercice des pouvoirs d'une *super-législature* et non l'usage de la fonction constitutionnelle du contrôle judiciaire. » Cf. W. H. HAMILTON V, in *fine* « le droit divin des rois est remplacé par l'oligarchie de la robe ».

12. J. LAMBERT A, p. 45; MOODY J, in *Twining v. N. Jersey* 211 U. S. 106-07 (1908) (dissent) HARLAN J. in *Standard Oil Cases* 221 U. S., 1 (dissent). C'est ce que pourra révéler l'étude attentive des « *dissents* » : la connaissance des débats en « conférence », ou délibéré de la Cour, ferait apparaître les *vraies* raisons à côté des *bonnes* raisons des Jugements. On a quelquefois émis le vœu que ces débats soient rendus publics par la publication d'un journal de la Cour (T. R. POWELL). Ils perdraient sans doute leur spontanéité : *contra* : WARREN A, vol. I, p. 21-22; *adde* R. L. MOTT I.

professionnelle, a été dominée par le service de la propriété. Ils écarteront naturellement tout ce qui, dans la législation menacerait ses privilèges essentiels, en utilisant habilement les clauses imprécises de la Constitution; s'ils ont été mêlés de près à la politique, ils appliqueront leurs doctrines dans son interprétation. Rares sont ceux qui peuvent se louer de la sereine impartialité pourtant si nécessaire au juge. Les hommes sont moins responsables, il faut le dire, que l'organisation de la Cour. Même s'ils s'efforcent de dire le droit, leur passé se reflète implacablement dans leurs jugements¹³.

Le grand juge O. W. HOLMES offrirait-il l'exemple d'un désintéressement intellectuel aussi complet, s'il n'était point entièrement l'homme du droit, professeur, juriste et philosophe.

Les juges libéraux, tel LOUIS D. BRANDEIS ont, dans une certaine mesure, simplement continué à défendre les normes sociales et les réformes qu'ils soutenaient avant leur promotion.

Le caractère de son recrutement donne déjà à la Cour une physionomie de conseil politique. L'examen des problèmes de gouvernement, substance de ses délibérations, achève la confusion. Le président TAFT le reconnaissait indirectement quand il affirmait l'influence de l'opinion publique sur les décisions de la Cour¹⁴.

L'opinion se restreint trop souvent, surtout aux U. S. A., aux manieurs d'argent et à leur presse^{14 bis}; la pression des intérêts économiques sur le Président qui nomme les juges, prolonge l'existence de conservateurs intransigeants sur le banc de la Cour. La nomination d'un juge suprême est ouvertement affaire politique.

13. M. le Juge Butler, qui délivre le plus souvent l'opinion de la Cour dans les affaires d'« évaluation » des services d'intérêt public, était avant sa nomination, l'avocat de ces sociétés, dans ces sortes de litiges; RICHBERG I.

14. W. R. TAFT A, p. 47 «... la Cour adopte celle (l'interprétation) qui est conforme à la moralité générale et à l'opinion publique prédominante. »

14bis. Le sous-secrétaire d'Etat aux Affaires étrangères M. CASTLE affirmait cependant l'indépendance de la presse américaine. Dpt. d'Etat, *Fress Releases*, n° 174, 28 janv. 1933, p. 49. Il oubliait, par exemple, l'enquête sénatoriale sur la propagande des *Utilities* concessionnaire de services d'électricité. Par contre, il ajoutait : « C'est un fait parfaitement connu que quelques-uns des grands journaux de Paris sont la propriété du Comité des Forges qui dirige leur politique ». Cette sorte de presbytie est assez répandue.

On a vu l'opposition récente du Sénat à la nomination d'un juge hostile aux syndicats ouvriers¹⁵, l'opposition des grandes associations pour la défense des gens de couleur à sa désignation : on l'estimait hostile aux noirs. Le Sénat n'a ratifié le choix du *Chief-Justice* HUGHES qu'après une laborieuse délibération, où furent dénoncées ses attaches avec les grosses sociétés dont il avait été l'avocat^{15 bis}.

En vérité, les tractations qui se réglaient autrefois sous le manteau, commencent à être débattues sur la place publique.

Hors cela rien de nouveau. Pour des motifs différents le Sénat institue, en 1916, une longue enquête sur la nomination de L. D. BRANDEIS par le Président WILSON. Les principales associations d'avocats, les Chambres de commerce, délèguent leurs présidents à Washington pour protester contre ce choix. Les journaux d'affaires et de finances font campagne contre la confirmation. A la tête des accusateurs, se trouve TART. Après cinq mois d'attente, 1.500 pages de témoignages, le Sénat ratifie pourtant la nomination de celui qui apportait, selon un chroniqueur de l'époque, la menace de l'ordre nouveau¹⁶.

La nomination du juge HOLMES en 1902, est précédée d'une enquête discrète, sur ses opinions politiques. Dans une lettre à H. CABOT LODGE¹⁷, le Président T. ROOSEVELT insiste sur la nécessité de connaître la tendance du futur juge. On ne peut lui demander, sans impudence, com-

15. 72^e Congr. Rec. 5849, 7309, 8487.

15bis. WOLF I; V *New York Times* des 14-16, 18, 21, 23, 30 janvier 1932 : les circonstances de la nomination du successeur de G. W. Holmes; deux sénateurs, le conseil des professeurs de l'Université de Chicago, de Yale, proposent Cardozo, dont l'élection paraît assurée car on apprend que M. Hoover veut choisir un juge « libéral ».

16. Sen. Doc n° 409; 64^e Congress, 1^{re} session; la presse participa largement au débat: pour les périodiques V° 102 *The Nation*, pp. 120-121, 181, 220, 251, 272, 506, 607 (1916); 6 *New Republic*, p. 2, 4, 83, 117, 165, 182, 202, 219, 277, 292 (1916); *Outlook*, vol. 112 (1916), pp. 295, 539, 723; vol. 113 (1916), pp. 109, 236, 271, 341; 35 *Survey*, pp. 213, 531, 559, 597, 623, 681, 684, 712 (1916); 36 *Survey*, pp. 73, 191, 221, 269, 279 (1916); 86 *Independent*, pp. 6, 265; 85 *Independent*, pp. 175, 180, 185, 293 (1916); 52 *Literary Digest*, pp. 362, 520, 888, 1768; 53 *id.*, p. 28 (1916).

17. *I Selections from the Correspondence of T. Roosevelt et H. C. Lodge* (1925) 517 cité par WARREN A.

ment il jugera. Il convient de l'entretenir longuement, de lui faire subir une habile « *cross-examination* ». Tous les présidents n'ont pas ces scrupules. L'importance politique du choix demeure¹⁸.

C'est en 1921, que le Président HARDING, dans un but de restauration¹⁹, c'est-à-dire de conservation sociale, nomme TAFT, SUTHERLAND, BUTLER, à la Cour suprême. Ces désignations créent une majorité d'irréductibles, la vieille garde, qui brisera tout effort de réforme sociale, d'expériences législatives; elle est encore puissante aujourd'hui.

Dans les affaires importantes, l'influence subtile mais réelle du Parlement et de l'Exécutif, des intérêts organisés s'exerce sur la Cour.

4. Rôle temporisateur de la Cour. — Tout cela semble assez dangereux pour l'intégrité de la Cour. Si l'évolution se précise, cette contradiction ne détruira-t-elle pas son unité ? La Constitution protège, certes, le Conseil de justice et le Conseil politique, qui se sont créés au sein de la Cour suprême. Mais toutes les prérogatives que la Cour s'est attribuées n'y sont pas inscrites.

Après la guerre de Sécession, la Cour suprême se vit refuser la connaissance des *Reconstruction Cases*²⁰; depuis, elle a su adapter ses décisions aux circonstances de la Grande Guerre. Sans cette souplesse opportune, l'apparition d'une crise grave pourrait menacer ses pouvoirs.

18. V. *Histoire des Legal Tender Cases*. WARREN A, vol. III, p. 233, 238, 244. — Et la nomination par le président Grant de deux juges favorables à la validité de la loi du Congrès donnant au papier monnaie le caractère de monnaie légale, le jour même (7 févr. 1870) où la Cour rendait un jugement invalidant ces lois. *Hepburn v. Griswold*, 8 Wall 603. La majorité étant modifiée par ces nominations, la Cour reprend l'examen de cas pendant, et conclut alors à la validité des lois, quinze mois plus tard, 1^{er} mai 1871. *Knox v. Lee* 12 Wall. 457. Cf. T. R. POWELL in 41. H. L. R. 1071-72 et SMITH 34 Am. Hist. R. 532 (1929); *adde* J. H. WIGMORE 22 ILL. J. R. 170.

19. C. et M. BEARD A; le tournant de 1921 est marqué par une série de déclarations d'inconstitutionnalité; HAMILTON II, p. 1099; BROWN II, p. 943; F. LAMBERT in *Mélanges HAURIOU*, p. 472; Z. CHAFEE II, p. 309.

20. Loi du 27 mars 1868, appliquée dans *Ex parte Mc Cardie*, 7 Wall 506; WILLOUGHBY I, p. 796; WARREN A, vol. III, p. 196-210.

Cependant quelques juges de la vieille garde, approchent de la retraite ²¹; les nominations du nouveau président Roosevelt se porteront, sans doute, sur des interprètes moins étroits de la loi fondamentale.

L'hypothèse d'une déchéance partielle de la Cour suppose une résistance folle aux exigences populaires. En général, le rôle de temporisateur tenace lui suffit.

Il serait puéril de croire à la disparition du principe d'équilibre de l'Union. Le jeu sans heurt du système fédéral, exige l'arbitrage du juge. Mais on ne doit pas se refuser à envisager la transformation et la disparition de la dictature économique exercée par la Cour; ces modifications naîtront vraisemblablement d'une évolution intérieure, d'une interprétation renouvelée de la Constitution, qui n'opposera plus aux plans d'organisation sociale — de reconstruction économique, en germe aujourd'hui, aux U. S. A. — le veto solennel et creux d'une philosophie archaïque ²².

Dans cette réévaluation du droit constitutionnel, les *dissents* — que nous nous proposons d'étudier — joueront un rôle important.

21. Z. CHAFEE IV, p. 302.

22. E. S. CORWIN IV.

II

Les Textes Constitutionnels et les Méthodes d'Interprétation.

5. Le mythe judiciaire. — C'est au texte, au texte même de la Constitution qu'il faut recourir pour voir, quand l'intervention du juge est possible, quels seront les motifs juridiques de l'inconstitutionnalité d'une loi.

Les formules de la Constitution sont assez vagues et très plastiques. Le contenu de la règle de droit est trouvé à l'extérieur; il n'est pas révélé par le texte ²³.

Les membres de la Cour n'ont pas besoin de tourmenter ces textes pour y lire un point de vue purement personnel. Les juges en font l'aveu lorsqu'ils adjurent leurs collègues de ne pas lire leur point de vue social et économique dans le langage neutre de la Constitution. Certes, aucun juge ne peut appliquer un droit pur, abstrait, en dehors de toute considération économique, sociale. Son office comporte cependant sa discipline, impose une certaine réserve. On a écrit ²⁴ que la Cour avait transformé le droit public américain en sciences politiques. Opinion juste, au fond, mais des juristes subtils de la Cour ont su habilement céler cette transformation, en prétendant appliquer strictement les règles constitutionnelles dans l'esprit même des fondateurs. Le juge conservateur prétend interpréter fidèlement le droit. Le conflit des politiques se mue en un conflit d'interprétation.

A l'abri de ce mythe — de cette ignorance acceptée ou inconsciente — on résoud des problèmes d'action administrative, gouvernementale et législative — selon des méthodes judiciaires ^{24 bis}.

23. V. FRANKFURTER et LANDIS, A. p. 308-10.

24. GOODNOW A, p. 15.

24 bis. V's *Constitutional Law* par E. FREUND *Encyclopedia* V. 4, p. 247; *Judicial Review* par E. S. CORWIN V. 8, p. 437; *Judicial Process*, par W. H. HAMILTON V. 8, p. 450; HAINES A, p. 516.

6. Les textes constitutionnels. — La Constitution prescrit les règles primordiales et essentielles qui assurent l'existence de la Fédération dans une Union plus parfaite. Nous laisserons de côté ce rôle international de la Cour suprême.

Elle établit, de plus, une série de droits des individus, que le législateur fédéral ou local, ne peut atteindre sans violer la Constitution.

La Constitution (Art. I, section 9, al. 2, 3, 4), interdit au Congrès la suspension, sauf exception, de l'*habeas corpus*, le vote de lois rétroactives et de certains types d'impôts.

La protection — contre la législation fédérale — est précisée dans les dix premiers amendements à la Constitution qui forment une déclaration des droits complète et non limitative (Amendement IX).

Elle comprend la liberté de conscience, de la presse et de la parole, le droit de réunion et de pétition (Amendement I); le droit, pour les Etats, d'entretenir une milice (Amendement II), des garanties contre le logement de militaires chez l'habitant (Amendement III), des garanties judiciaires précises et nombreuses (Amendements IV, V, VI, VII, VIII).

Jusqu'au lendemain de la guerre de Sécession, la constitution fédérale ne protège qu'exceptionnellement l'individu contre le législateur des Etats particuliers. Elle interdit (Art. I, Sect. 10, al. 1), les lois punissant la postérité d'un criminel, les lois rétroactives ou qui portent atteinte aux droits nés d'un contrat.

Au moment où l'on propose le XIV^e amendement (1868), son but apparent est la protection des noirs, appelés à la liberté. Mais les rédacteurs voyaient aussi le moyen indirect et voilé de limiter le pouvoir des Etats sur les individus, comme l'était déjà celui de la Fédération.

On emploie à dessein une formule vague et ambiguë qui, n'éveillant pas les soupçons, ne doit pas susciter d'opposition ²⁵.

25. FLACK A, p. 94; MOTT, A. p. 166; cf. 25 *Mich L. R.* 566 (1927).

« *Nor shall any state deprive any person of life, liberty or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the law.* ».

L'histoire de cet amendement présente une évolution admirable : seul, il pèse autant et limite autant les législatures particulières que les dix amendements et les clauses précités de la Constitution limitent le Congrès fédéral. Evolution pour le moins curieuse si l'on considère que la formule, déjà incluse dans l'amendement V, qui restreint les pouvoirs du Congrès, n'avait pas rendu les autres limitations inutiles et qu'elle semble apporter une garantie contre les procédures arbitraires, une garantie de formes et non une garantie substantielle contre les décisions de la loi régulièrement appliquée ²⁶.

Le XIV^e Amendement à la Constitution devient la forteresse inexpugnable des droits absolus de l'individu qu'aucune action sociale ne peut atteindre. On trouve ainsi, dans la Constitution, des règles spécifiques dont l'application, rarement délicate, ne soulève qu'un problème de droit et des règles générales et imprécises — les clauses de *due-process* — qui permettent de qualifier n'importe quelle décision de justice, et autorisent le juge — dans les limites qu'il fixera seul — à contrôler le législateur.

Ceci explique que l'appel, quelquefois adressé par d'anciennes opinions de la Cour, à l'esprit, à la théorie de la Constitution, est inutile aujourd'hui ²⁷. Certes on invoque encore les principes essentiels de justice et de liberté, les droits sacrés et inviolables de l'individu, sans lesquels un gouvernement libre ne saurait exister.

26. *Slaughter House Cases* 16 Wall 36-67, 70-71 (1873); et *Bradwell v. State* 16 Wall 130 interprètent restrictivement le XIV^e Amendement. Mais *Loan Association v. Topeka* 87 U.S. 655 (1877) annonce la nouvelle jurisprudence extensive.

27. WILLOUGHBY A, § 41, 42; GRANT I, p. 65-66; HARPER I, p. 67; cependant CORWIN III. On retrouve quelques fois cette phraséologie dans des opinions récentes : *Hebert v. Louisiana* 272 U. S. 313 (1926) : «... l'action d'un Etat devra être en accord avec les principes fondamentaux de liberté et de justice, qui sont au fond de toutes nos institutions civiles et politiques, et assez souvent désignés comme la « loi de la terre ».

Il ne s'agit plus d'un « droit naturel », d'une super-légitimité constitutionnelle²⁸, mais de l'interprétation des amendements V et XIV, dont on n'avait pas découvert toutes les possibilités en 1875. Les éléments de cette interprétation comprennent d'ailleurs certains principes du droit non écrit, naturel et coutumier auxquels on a donné force constitutionnelle en les plaçant hors de l'atteinte de l'Etat.

7. Le problème de l'interprétation ^{28 bis}. — Cette incertitude des textes suprêmes suscite les interprétations contradictoires des différents membres de la Cour. Que lire, en effet, dans les dispositions élastiques de la Constitution, le passé pétrifié dans le droit, l'économie ou les mœurs du XVIII^e siècle, ou le présent interprété par les représentants du peuple, législateurs et administrateurs, selon les nécessités nouvelles révélées par l'expérience actuelle ?

Le problème de l'interprétation crée un conflit de méthodes, conflit inaperçu par certains, mis en plein relief par d'autres. Son importance est considérable. O. W. HOLMES, dans ses nombreuses opinions, insiste particulièrement sur cette question. En adoptant une

28. Notons que le contrôle par la Cour suprême des Amendements à la Constitution n'est pas possible. *U. S. v. Sprague* 51 *Sup. Ct.* 220. ALBERTSWORTH I, p. 263; sauf par voie d'interprétation, de « construction »;

28bis. Ces problèmes — interprétation du droit, processus de la décision judiciaire — ont fait l'objet de controverses récentes aux Etats-Unis, mais sans qu'on ait spécialement envisagé le droit constitutionnel.

V. J. FRANK I; *Law and the Modern Mind* : 31 *Col. L. R.* 82 (1931); RADIN I et II; H. E. YNTEMA I; HARPER III; M. COHEN I; POUND II et III. Cf. les théories du Professeur BINGHAM I et II.

La question que nous envisageons a été soulevée avec beaucoup de précision par le Juge CARDOZO in *Mr. Justice Holmes*, p. 67 : « Le concept légal constitue-t-il une fin, ou seulement un instrument pragmatique ? Doit-on concevoir la liberté comme une constante, ou, n'eût-ce, comme une variable qui peut se déplacer d'âge en âge ? Son contenu nous est-il donné par la déduction de prémisses inaltérables ou par un processus pénible d'induction, suivant des circonstances de temps et de lieu ? Dirons-nous que des restrictions et des expériences seront permises quand, seule, sera affectée la liberté d'agir, alors que ces expériences et restrictions seront défendues si le résultat porte atteinte à la liberté de pensée ou de parole ? Dans l'évolution d'un système de *case-law*, la logique n'est-elle qu'un moyen parmi beaucoup d'autres, ou un arbitre qui écarte les rivaux ? Les origines d'un précepte sont-elles subordonnées à ses fins, ou bien doit-on sacrifier les fins, si, les accepter, c'est être infidèle aux origines ?.. »

méthode claire et déterminée d'interprétation, la Cour pourra éviter de juger les lois selon les convictions personnelles de ses membres, d'effacer le droit devant la politique. Le conflit de méthode correspond bien souvent aux différences dans les solutions que proposent, au fond, les juges. Dans la mesure où la Cour s'efforce de juger et non de gouverner, c'est ce conflit que nous trouverons dans les opinions de la majorité, comme dans celles d'une certaine minorité. On reproche souvent aux arrêts de développer les conceptions sociales et économiques des juges : ce reproche envisagé sous l'angle des méthodes semble injustifié pour partie.

Ce ne sont peut-être pas toujours leurs opinions personnelles que les juges lisent dans la Constitution, c'est plutôt la méthode d'interprétation employée par eux qui leur fait lire dans la Constitution une certaine doctrine économique et sociale. Quand les opinions habiles et remarquables de HOLMES et de BRANDEIS ont réussi à modifier la méthode d'interprétation de la Cour, par la même, les solutions données au fond changeaient.

L'examen du conflit de méthode va justement le montrer. Nous examinerons l'attitude traditionnelle du juge anglo-saxon dans l'interprétation et la construction des règles de droit, les deux types de méthodes d'interprétation qui s'opposent à la Cour suprême et les conséquences juridiques de ces méthodes.

8. L'interprétation moderne. — La doctrine la plus moderne accorde au juge dans l'interprétation de la loi, un pouvoir créateur. Ce qui a force de loi, c'est uniquement l'expression de volonté du législateur exprimée dans le texte. (CARRÉ DE MALBERG) ²⁹. La recherche des intentions du législateur, des circonstances qui donnèrent naissance à la loi ne sont que des procédés d'investigation facultatifs. Le silence ou l'incertitude de la loi ouvre au juge une sphère d'autonomie certaine. En dehors de la lettre de la loi, le juge retrouve la liberté de juger.

29. CARRÉ DE MALBERG A, p. 700-714; L. DUGUIT I,

Ce pouvoir, le juge anglo-saxon l'exerce depuis longtemps. Il interprète strictement et littéralement la règle de droit.

Ce formalisme assure sa puissance et sa liberté : il interprète ainsi la loi dans le sens qui lui paraît le meilleur ³⁰.

Il n'est pas douteux que ces traditions des cours anglaises se retrouvent dans l'interprétation américaine. Le mécanisme de logique formelle que la Cour utilise dans l'application de la Constitution s'y apparente directement. Mais ces règles ne sont point obligatoires, la Constitution ne livre pas le secret de son interprétation sauf sur des points secondaires.

D'une façon générale, la Constitution indique que le Congrès peut légiférer comme il l'entend pour assurer l'exécution parfaite et complète des pouvoirs qui lui sont conférés ; les Amendements IX et X ajoutent deux principes d'interprétation : les droits du peuple ne sont pas limités par l'énumération du *Bill of Rights*, les Etats conservent entière souveraineté en dehors des prohibitions expresses de la Constitution et des pouvoirs délégués à l'Etat fédéral.

Deux systèmes d'interprétation vont alors s'opposer, le classique et le réaliste ^{30 bis}.

9. La méthode dialectique. — On peut, en effet, donner une valeur absolue à la Constitution, interpréter les règles qu'elle pose d'une façon étroite, stricte et statique.

Au point de vue historique, cette attitude se traduit par le respect permanent et sacré de la tradition, des buts des pères de la Constitution, la force obligatoire des « précédents » jugés par la Cour ; au point de vue logique, elle fait triompher le syllogisme pur, mécanique, dont le schéma peut recouvrir, dans sa rigueur abstraite, les faits les plus divers.

30. M. LEVY-ULLMANN A, p. 168-171.

30bis. PATTERSON I; T. POWEL I.

C'est la méthode scolastique ou dialectique.

Le juge, impavide devant le flot tumultueux de l'évolution économique et sociale, s'efforcera de résoudre des problèmes nouveaux et complexes dans l'esprit original de la Constitution. Les règles constitutionnelles ne forment pas pour lui un cadre, même rigide, mais contiennent la substance qu'il faudra respecter. Il essaiera de résoudre, selon l'esprit du XVIII^e siècle, les conflits que pose le XX^e. L'interprétation de la Constitution reposera sur un système économique et social déterminé et inviolable : on appliquera les théories philosophico-sociales qui avaient cours au moment de la rédaction de la Constitution ; on ne considère celle-ci qu'en fonction de celles-là³¹.

Dans son extrême rigueur une telle méthode est inapplicable. « Je considère ce jugement comme incompatible avec les vues des fondateurs de la Constitution et de MARSHALL son éminent interprète... »³².

La méthode logique conduit à l'emphase rhétorique vaine et aux pétitions de principes flagrantes. La conception historique d'une norme stable, idéale, qu'on s'efforce d'atteindre — la recherche du système des créateurs — aboutit aux solutions étroites qu'une minorité des juges n'adopte pas parce que leur méthode d'interprétation est différente. Ces solutions au point de vue économique sont celles de l'Ecole individualiste : condamnation large de la législation du travail, liberté presque absolue du commerce, principe de non-intervention de l'Etat, doctrine de l'égalité juridique des citoyens³³. On laisse passer les réglementations purement techniques mais on élimine toute réglementation juridique et économique, un peu radicale.

10. La méthode sociologique ou réaliste. — En face de cette méthode scolastique d'interprétation, nous découvrons une méthode sociologique, pragmatique,

31. NESBITT I, p. 23, 27.

32. Chief Justice FULLER in 188 U.S. 375 (1912) (dissent); BLACK, A. p. 22.

33. F. HARPER III, p. 71-74.

dont le protagoniste le plus illustre est M. le Juge HOLMES, membre de la Cour suprême depuis le commencement du siècle, le plus grand jurisconsulte américain de notre époque, méthode adoptée et complétée sur certains points par son éminent collègue, le juge L. D. BRANDEIS.

Cette méthode d'interprétation du droit s'inspire de doctrines philosophiques et logiques, les plus originales de la culture américaine.

On y rattache clairement les grands noms d'EMERSON, de C. PIERCE et de W. JAMES, du professeur J. DEWEY ³⁴ : respect et encouragement de l'action originale, héroïque même, importance et nécessité de l'expérience, primauté de la substance sur la forme, de la vie sur l'histoire.

Ces idées se traduisent dans le domaine juridique par le respect de l'action législative, la reconnaissance de la plasticité, de la vitalité et du dynamisme de la Constitution, l'appel aux faits sociaux et aux réalités statistiques.

11. Respect du pouvoir législatif. — Le respect de l'action législative s'exprime assez justement dans la formule : ni résister, ni encourager, juger ³⁵. C'est une nécessité dont les juges de la minorité libérale sont convaincus ; que la Cour, dans ses opinions, salue au passage, pour n'en pas tenir particulièrement compte ³⁶. Il

34. EMERSON A, W. JAMES A, p. 61-62, 180; J. DEWEY A, p. 133, 136, 166.

35. La présomption de constitutionnalité qui s'attache aux textes de la loi a été maintes fois affirmée par la Cour et les Dissents. La première expression de la doctrine se trouve, à notre connaissance, dans l'opinion du juge CHASE, *Hyllon v. U. S.* 1 U. S. (Curtis) 150 (1796), p. 153 : «... si la Cour possède un tel pouvoir [de déclarer nul un Act du Congrès], je puis déclarer que je ne l'exercerai que dans les cas tout à fait clairs... » On la retrouve dans *Cooper v. Telfair* 1 U. S. (Curtis) 315 (1800), où le juge WASHINGTON déclare : «... la présomption en vérité doit toujours être en faveur de la validité de la loi si le contraire n'est pas démontré... » MARSHALL l'accepte in *Fletcher v. Peck* 10 U. S. (Curtis) 128 (1810). Cf. *Saunders v. Ogden* 25 U. S. (Curtis) 273 (1827), dissent du juge WASHINGTON. Cf. WILLOUGHBY A. § 26; MOTT, A. ch. 25.

36. Le doute joue contre la loi : *V. Adkins v. Children's Hospital* 261 U. S. 52 (1923); *Tyson v. Banton* 273 U. S. 418 (1927); *Myers v. U. S.* 272 U. S. 52 (1926); *Hammer v. Dagenhart* 247 U. S. 251 (1918). *Di Santo v. Penna* 273 U. S. 34; *Burns Baking Co v. Bryan*, v. note 239; *Ribnick v. Mc Bride*, V. note ; *Liggett Co v. Baldrige*, V. note 247; *Weaver v. Palmer*

ne s'agit pas de donner son intime approbation aux réformes ni adopter une conception mystique de la souveraineté populaire. Il faut s'imprégner de l'humilité, qui est la part du juge.

Le peuple par ses législateurs a le droit de déterminer son histoire, de façonner son organisation sociale. Le juge doit être attentif à cette volonté ; ne l'annihiler que si elle contrevient clairement et indubitablement à la loi suprême. C'est l'aspect positif de la règle : provision est due au texte de loi. Il est l'œuvre de ceux qui ont le pouvoir d'initiative, qui sont qualifiés pour connaître et interpréter les conditions de l'action nationale et locale.

Le juge ignore ces conditions et ne doit point substituer aux conclusions du législateur la connaissance générale des faits qu'il peut avoir « ...Nous devrions éviter, avec grand soin, des tentatives de substituer notre jugement à celui du corps dont c'est le rôle au premier chef de résoudre des questions de politique domestique, qui sont en toute bonne foi susceptibles d'opinions opposées... » ³⁷.

Une marge raisonnable, un domaine discrétionnaire, doit être laissé à l'opportunité législative et administrative. Le juge ne peut, sans sortir de son rôle, substituer à son pouvoir de contrôle un pouvoir de direction qui ne lui appartient pas. Il doit s'effacer, n'intervenir que dans

Bros. 270 U. S. 402 (1926), V. note 242; *Frost v. Rail road Commission* 271 U. S. 583 (1926) V. n. 257; *Frost v. Corp. Commission* 278 U. S. 515.

Une certaine réaction s'est produite en 1930-31 : *Colombus and Greenville Ry Co v. Miller* 283 U. S. 96 (1931), *Missouri Pacific Ry Co v. Norwood* 283 U. S. 249 (1931), *Railway Express Agency Inc. v. Virginia* 282 U. S. 440 (1931); *O'gorman et Young v. Hartford Fire Ins. Co* 282 U. S. 251 (1931) U. S. v. *La Franca* 282 U. S. 568, 547; *Toomes v. Citizens Bank* 281 U. S. 643; *Porter v. Investor Syndicate* 256 U. S. 461 (1932). On note cependant des décisions divergentes : *Hoeper v. Tax Commission* 52, *Sup.*, Cl. 129 (1931), *Heiner v. Donnan* 7. U. S. *Daily* 136, 23 mars 1932, *Nev. State Ice Co v. Liebmann*, U. S. *Daily* 22-24 mars 1932, p. 125; V. par contre *Stephenson v. Binford* U. S. *Daily*, 6 déc. 1932 qui affirme à nouveau la présomption.

37. FRANKFURTER et LANDIS. p. 312-15: HOLMES in *Schlesinger v. Wisconsin* 270 U. S. 230.

C. J. TAFT in *Adkins' Casse*, p. 562 (dissent) : « Mais ce n'est pas la fonction de cette Cour d'invalider des Actes du Congrès simplement parce qu'on les a votés pour appliquer des vues économiques que la Cour juge ni sages, ni fondées... »

les cas-limites. La loi bénéficie d'une présomption de constitutionnalité.

L'aspect négatif n'est pas moins important. Le juge doit s'abstenir de prononcer un avis personnel, de faire acte politique dans ses décisions constitutionnelles ; c'est le leit-motiv des opinions dissidentes³⁸.

L'emblème de la Justice c'est la balance, non le levier. Tâche difficile, le juge doit lutter contre les interventions même inconscientes de ses tendances, de ses préjugés. Il ne le pourra qu'en évitant une dialectique rigoureuse, en apparence, qui n'est qu'un jeu de formes et de mots³⁹, pour adopter une méthode logique vivante, par l'analyse scrupuleuse.

On ne lui demande pas la logique du style mais celle de la pensée, plus courageuse et plus vraie⁴⁰. C'est une critique directe de la méthode d'interprétation classique, qui, bien souvent, n'est que le vêtement des résultats obtenus par intuition personnelle du juge et non par une discussion objective.

« Si les tribunaux doivent exercer leur jugement, il n'est pas vrai du tout qu'une loi soit nulle qui peut sembler aux juges qui l'examinent, excessive, sans rapport avec ses fins ostensibles ou reposant sur des conceptions morales qu'ils repoussent. Autrement une Constitution, au lieu de comprendre uniquement les règles de droit relativement fondamentales telles qu'elles sont généralement entendues par les communautés de langue anglaise

38. HOLMES A, p. 184, 238 et in *Adkins v. Children's Hospital*, *supra*, note 36 : «... Le critérium de la constitutionnalité n'est pas de savoir si nous pensons que la loi assure le bien public... ». Le juge STONE dans *Di Santo v. Penna* 273 U. S. 34 (1927), p. 43 (dissent) : «... Nous ne faisons guère plus qu'utiliser des étiquettes pour décrire un résultat plutôt qu'une formule pour y aboutir. » ; BRANDEIS : « ... Nous n'avons pas à nous préoccuper de la sagesse de la législation... » *Burns Baking Co v. Bryan* 264 U. S. 519 (1924) ; V. dissent de HOLMES in *Bartels v. Iowa* 262 U. S. 404 (1923) et FRANKFURTER A, p. 100 « Ces opinions (celles de Holmes) sont d'autant plus significatives qu'elles viennent, assez fréquemment, d'un homme qui, comme juge, applique des lois reposant sur des théories économiques et politiques qu'il ne partage pas, et dont l'efficacité le laisse sceptique. Ici la fonction judiciaire atteint à son plus haut exercice. »

39. DEWEY A, p. 133, 136-37.

40. BRANDEIS, *Di Santo v. Penna*, *supra*, n. 38 (dissent), p. 43 : «... la logique des mots devrait laisser la place à la logique des réalités. »

deviendrait le partisan d'un ensemble particulier d'opinions éthiques ou sociales qui, en aucune façon, ne sont adoptées *semper, ubique et ab omnibus* »⁴¹. M. le juge HOLMES a résumé cette attitude d'une façon expressive : « Nous n'avons pas carte blanche », et le Juge BRANDEIS, récemment, insistait sur la nécessité pour la Cour de ne point ériger ses préjugés en principes de droit⁴². Primauté législative, discrétion judiciaire, tel est le sens de la règle.

12. Plasticité de la Constitution. — La Constitution, d'autre part, est un instrument de Gouvernement. Charte d'organisation d'une nation jeune, on ne peut l'interpréter d'une façon étroite et statique.

L'imprécision et l'élasticité de nombre de ses dispositions ne permet pas d'opposer des barrières juridiques infranchissables à l'évolution historique de l'Union.

La Constitution n'a pu fixer, pour toujours et dans tous ses détails, l'organisation sociale. Le droit vit et se transforme et le juge doit tenir compte de ces transformations.

L'interprétation du droit et surtout du droit constitutionnel, ne peut suivre uniquement une méthode d'enchaînement logique, syllogistique.

« C'est une Constitution que nous développons » (MARSHALL)^{42 bis}. Le formalisme du raisonnement n'est qu'un guide insuffisant et borné. Il donne l'illusion de la certitude. Le sens des mots n'est pas immuable ; il évolue avec la vie, les mœurs, l'économie⁴³. Ainsi devient possible l'adaptation aux conditions nouvelles que les pères de la Constitution n'ont pu même entrevoir^{43 bis}.

41. HOLMES in *Otis v. Parker*, 187 U. S. 608.

42. HOLMES in *Missouri v. Baldwin* cité par *New Republic*, p. 83, 11 juin 1930; BRANDEIS in *New State Ice Co v. Liebman*, *supra*, note 36.

42 bis. MC CULLOUGH v. *Maryland* 4 *Weath.* 407 (1819).

43. HOLMES in *Towne v. Eisner* 245 U. S. 425 (1918) :

« Un mot n'est pas un cristal, translucide et immuable, c'est la chair d'une pensée vivante, et sa nuance et son contenu peuvent varier beaucoup suivant les circonstances et l'époque où on l'utilise. »

43 bis. HOLMES in *Missouri v. Holland* 233 U. S. 610 (1914) : (opinion de la Cour) «... quand nous interprétons des mots qui sont aussi un acte statu-

Cette opinion est celle du juge BRANDEIS. Dans une interview il constatait la plasticité, les possibilités d'expansion de la Constitution ⁴⁴.

On la trouve exprimée, en maintes formules frappantes, dans les dissents de O. W. HOLMES.

« Les clauses de la Constitution, écrit-il, ne sont pas des formules mathématiques dont l'essence est dans la forme ; ce sont des institutions organiques vivantes, transplantées du sol anglais. Leur sens est vital, non formel ⁴⁵. »

A propos d'un passage fameux de l'Amendement XIV, il déclare : « Le XIV^e Amendement n'est pas une exigence pédagogique de l'impraticable. »

Si le juge doit s'abstenir, en présence d'une Constitution dont les termes restent inchangés, de résoudre les problèmes contemporains comme l'auraient peut-être fait les rédacteurs de la Constitution, quel sera son critérium ?

Les prohibitions expresses et spéciales de la Constitution sont absolues et permanentes. Les pouvoirs conférés, doivent pouvoir être exercés dans toutes leurs conséquences, par le Congrès et les législatures. Les motifs du législateur ne doivent pas être scrutés par le juge ⁴⁶.

Les formules vagues et générales s'interprètent en faveur du législateur et de son action. Elles n'interdisent pas les expériences sociales dont le rôle est fondamental. La frontière de ce qui est ou n'est pas constitutionnel ne peut être tracée une fois pour toute. Elle varie avec les modifications qui se sont produites dans la structure contemporaine ⁴⁷. L'action du juge, toute de mesure, tend à

taire, comme la constitution des Etats-Unis, il nous faut concevoir qu'ils ont appelé à la vie un être dont le développement n'aurait pu être complètement prévu par le plus doué de ses créateurs. Il leur fut suffisant d'imaginer ou d'espérer qu'ils avaient créé un organisme ; il a fallu un siècle... à leurs successeurs pour prouver qu'ils avaient créé une nation. Le cas qui nous est soumis, doit être considéré à la lumière de notre expérience totale et non simplement à la lumière de ce qui a été dit, il y a cent ans.

44. 71 *Am. Magazine* 481.

45. *Gompers v. U. S.* 233 U. S. 604.

46. COOLEY A, p. 379.

47. *New State Ice Co v. Liebmann*, dissent du juge BRANDEIS.

établir un équilibre harmonieux entre les textes constitutionnels et les faits sociaux nouveaux. Peser et séparer, son rôle est délicat. Il ne rejettera pas l'histoire pour se reposer uniquement sur les circonstances actuelles ; cependant l'histoire ne constituera pas la règle impérative de sa décision, mais un guide, parmi d'autres, dans l'analyse de l'espèce ⁴⁸.

La plasticité des normes constitutionnelles permet leur continuel devenir sous l'impulsion du pouvoir dominant de la communauté. Le juge ne peut y faire échec ni directement par une interprétation restrictive et arbitraire des textes, ni indirectement en limitant étroitement l'interprétation par la doctrine de la force obligatoire du précédent.

13. Doctrine du « Stare decisis ».— Cette doctrine complète la méthode classique, mécaniste, se retranchant derrière la pure technique juridique pour éviter l'examen du fond, mais elle est fortement critiquée par les adeptes de la méthode sociologique.

La doctrine du *stare decisis*, appliquée irrégulièrement d'ailleurs par la Cour, n'a jamais été acceptée comme une règle impérative du droit par le juge HOLMES. Elle a été combattue aussi dans les opinions dissidentes du Juge BRANDEIS. Des opinions de la Cour reconnaissent sa fragilité en droit constitutionnel ⁴⁹. Les auteurs la condamnent généralement en rapprochant les cas identiques et les décisions contraires ; à eux aussi elle paraît

48. HOLMES A, p. 139. « Mais le présent a le droit de se gouverner seul autant qu'il le peut ; et on aurait dû se souvenir toujours que la continuité historique n'est pas une obligation, ce n'est qu'une nécessité » et p. 194.

49. Chief Justice TANEY in *Passenger Cases* 7 How. 283.

« ... Je veux bien que ce soit dorénavant la loi de cette cour que son opinion sur l'interprétation de la constitution soit toujours ouverte à la discussion quand on l'estime fondée sur une erreur et que son autorité judiciaire repose désormais entièrement sur la force du raisonnement qui la soutient. Cf. le Président FIELD in *Barden v. Northern Pac. RR.* 154 U. S. 288 (1894). « Il est plus important que la Cour juge bien par une considération nouvelle et approfondie des litiges plutôt qu'en restant en accord avec les décisions précédentes. Seules, demeureront éventuellement, les doctrines qui supporteront l'examen le plus strict et l'épreuve de l'expérience ; et STORY in *Swift v. Tyson* 16 Petersen 1, 18 (1842).

peu justifiée en droit public, surtout si des *dissents* ont été exprimés ^{49 bis}.

Tout d'abord elle n'est pas rigoureusement appliquée ; l'histoire de la Cour comporte de multiples revirements, certains avoués, les autres réalisés par la distinction subtile de l'espèce ⁵⁰. Distinction de mots exprimée dans une formule de style, distinctions qui ne distinguent pas. La doctrine n'est pas absolue et les auteurs même favorables estiment qu'il est possible de s'en départir si les raisons sont suffisamment graves ⁵¹. Où sera la limite ? La règle du *stare decisis* est contraire à la tradition juridique anglo-américaine qui rejette la force obligatoire du précédent, quand le juge a en face de lui un texte de loi ⁵².

Cette tradition s'impose d'autant plus que la Constitution, la loi suprême, doit être envisagée directement et non par l'intermédiaire forcé implacable et déformant des décisions passées. Il n'est pas possible d'avoir recours au législateur pour corriger l'interprétation inexacte ou maladroite, appliquée dans un précédent.

Le principe du *stare decisis* ne saurait être, à l'égal de la chose jugée, un commandement universel et inexorable ⁵³. Il arrêterait tout progrès, et ses buts ne sont pas

49bis. La Cour suprême ne l'applique pas strictement même dans les litiges de droit privé : SHARP J, p. 795 à 802 donne de nombreux exemples de précédents infirmés dans ce domaine.

50. In *Jay Bird Mining Co v. Weir* 271 U. S. 609, 615 (1926) ; *Di Sanio v. Penna* 273 U. S. 34, 43 (1927) ; *Washington v. Dawson*, 264 U. S. 219 (1924), les dissents du Juge BRANDEIS comprennent de longues énumérations de cas infirmés ou distingués par la Cour ; adde *Burnett v. Coronado Oil and Gas Co* 285 U. S. 393 (1932) (dissent) ; V. POWER X ; *Brinker Thoff-Faris Co v. Hill* 281 U. S. 673, 681 (1930) : l'infirmité d'un précédent, toujours possible, ne doit pas cependant, par un résultat imprévu et imprévisible, causer un préjudice au plaideur confiant dans une jurisprudence constante ; adde *Great Northern Ry Co v. Sunburnt Oil and Refining Co* 53 Sup. Ct. 145 (1933) ; 28 Ill. L. R. (1933), 277, 85 A. L. R. 254 (obs.).

51. BLACK A p. 44 ; WILLOUGHBY A, § 44 ; HUGHES, A. p. 53 ; BALDWIN A A, p. 57 ; GRAY A, ch. x.

52. LEVY-ULLMANN A, p. 128 et suiv. montre que la doctrine du précédent est relativement récente en droit anglais ; *Halsbury V.* 30 part 27, n° 498, p. 182 indique que la règle de l'autorité du précédent ne s'applique pas quand le droit résulte de la loi, ou si les *dissents* ont été exprimés : cf. ALBERTSWORTH I p. 269 MOSCHZISER : *Stare Decisis in Courts of last resort* 37 H. L. R. 409 (1924).

53. BRANDEIS in *Washington v. Dawson*, *supra*, note 50, p. 238-39.

réalisés car il n'apporte pas la certitude parfaite ⁵⁴. C'est un élément sérieux d'appréciation du cas envisagé. Mais il ne doit pas constituer un écran opaque entre le juge, la loi et les faits ⁵⁵, et ne peut permettre au juge d'établir sa décision dans une première espèce sur une distinction erronée, et de juger sommairement une espèce nouvelle en se référant au précédent qu'il vient d'établir ⁵⁶. Il comporte dans son application ordinaire une série de règles strictes sur les conditions qui affectent sa force obligatoire, dont la Cour suprême n'a pas à tenir compte légalement ⁵⁷.

On ne peut balancer entre le respect purement formel sans conséquences pratiques d'une formule et les nécessités essentielles, vitales, d'hommes, de femmes et d'enfants ⁵⁸. La doctrine doit céder aux exigences du bien être social. Ce ne peut être qu'une règle d'action raisonnable.

Le respect intangible du *stare decisis* est contraire à la pratique habituelle de la Cour qui pour qualifier et préciser les principes du droit utilise la méthode d'inclure et d'exclure, au fur et à mesure des espèces ⁵⁹. Les décisions qui apparaissent, par la suite, comme erronées, sans fondement constitutionnel, ne peuvent servir de guides.

Le principe du *stare decisis* n'est donc pas rejeté complètement par les critiques ; ils en limitent seulement la portée. En pratique il assure une certaine stabilité aux

54. WIGMORE A, p. 79.

55. *Di Santo v. Penna*, *supra*, note 36, p. 41 ; le plus souvent c'est la détermination plus ou moins précise du *fait* qui commande la solution du droit ; cette appréciation du fait doit se renouveler dans chaque espèce : A. W. MACHEN, *The Elasticity of the Constitution* 14 H. L. R. 273.

56. T. R. POWEL VI, p. 836-37.

57. *Corpus Juris Hale*, 1918 p. 916 et suiv. Le Chief Justice TAFT considère qu'un précédent peut être tacitement infirmé, 261 U. S. 564 : « J'avais toujours supposé que le *Lochner Case* avait été infirmé *sub silentio* ». D'autre part la notion de *dicta obiter* est plus large : *Webster v. Fall* 266 U. S. 507, 511 ; et les *dicta* n'ont pas force de précédent : *The Edward I. West* 261. 275-76 ; U. S. v. *More* 3 Cranch 159, 172 ; *Weller and Co v. Munsuri* 222 U. S. 114, 119 ; *New v. Okla.* 195 U. S. 252 ; BLACK B, ch. III ; E. WAMPANGH in R. W. COOLEY A, ch. XXII et XXIII.

58. *Washington v. Dawson*, *supra*, note 50, p. 236, 238.

59. *Jay Bird Mining Co v. Weir*, *supra*, note 50, p. 619 ; cf. *Kentucky Ry Tax Cases* 115 U. S. 330 ; *Davidson v. New Orleans* 96 U. S. 104 (1877). *Di Santo v. Penna*, *supra*, note 50, p. 41.

opinions constitutionnelles de la Cour. Mais il est difficile d'apprécier exactement la mesure dans laquelle il a cet effet ; il joue souvent quand la lassitude ou la certitude de ne pas influencer sur le jugement de la Cour accable les opposants ⁶⁰.

14. Enquête sur les faits sociaux. — La méthode pragmatique impose encore une dernière règle : la prise en considération par le juge du fait social. Il ne s'agit pas là d'une connaissance générale de la réalité, telle que tout homme cultivé peut l'avoir, mais d'une connaissance précise, complète, fondée sur un examen expert et une analyse statistique. Le juge Brandeis, alors qu'il n'était qu'avocat, inaugura dans ses mémoires ces constatations ⁶¹, et dans ses opinions ou ses dissents il s'efforce de reconstituer tout le panorama social et économique qui sert de fond à la loi envisagée. Ces enquêtes profondes dans le concret, en accumulant les témoignages qualifiés, les expériences scientifiques et législatives, nationales et internationales, ont bien souvent ébranlé la conviction purement abstraite ou préconçue de ses collègues. *Ex facto jus oritur* ⁶². La Cour suprême a trouvé dans cette nécessité de recherches, quand elle s'y est astreinte vraiment, la substantielle nourriture de ses décisions ⁶³. Elle ne juge plus alors sur des fantômes, mais sur les faits révélés par l'examen du milieu social et économique.

La force des opinions dissidentes, que nous examinons, naît de ces études attentives, de la considération

60. Ainsi, dans trois cas qui se sont suivis intéressant la constitutionnalité de lois de tarification, la loi est invalidée. *Tyson v. Banton* 273 U. S. 418 (1927) par 5 voix contre 4; *Ribnic v. Mc Bride* 277 U. S. 350 (1928), le juge Sanford obéissant au précédent par 6 voix contre 3; *Williams v. Standard Oil*, 278 U. S. 235 (1929). Brandeis et Stone abandonnent aussi, par 8 voix contre 1 (Holmes); V. une évolution récente de la doctrine : *The permanence of Constitutionality*, 40 Y. L. J. p. 1100; *Long v. Rockwood* 277 U. S. 142 infirmé expressément dans *Fox Film v. Doyal* 286 U. S. 123 (1932).

61. *Muller v. Oregon* 208 U. S. 412 (1908); *Ritchie v. Weymann* 244 Ill. 509 (1910); *State v. Cramer, Sup. Ct. of Ohio* (16 janv. 1912).

62. BRANDEIS in *Adams v. Tanner* 244 U. S. 590, 600 (1916) dissent; H. W. BIGLÉ I.

63. *Muller v. Oregon* 208 U. S. 411 (1908).

méthodique, objective du réel, de la compréhension intelligente des faits ⁶⁴.

Cet examen n'a pas pour but l'établissement de la preuve juridique de la validité de la loi. Il qualifie et colore l'action du législateur, sans qu'il soit nécessaire de démontrer que tous les faits sont constants et convergents ⁶⁵.

Il suffit que l'existence de l'état de fait apparaisse assez clairement pour que la législation ait pu raisonnablement intervenir. D'autre part, ni l'opportunité des mesures, ni leur efficacité ne sont soumises au contrôle judiciaire ⁶⁶. Cette enquête pragmatique n'est qu'un complément de l'interprétation sociologique. Elle sert à détourner la Cour de l'abstrait ; elle évite l'approche « catégorique », conceptuel des problèmes ; l'exposé de généralités vagues sur la Constitution, sur l'état de l'Union, sur l'essence de la civilisation américaine. Elle rappelle le juge au respect des expériences et des conditions locales.

La Cour, mieux informée par cette revision scientifique d'un acquis traditionnel et cliché, pourra secouer la tyrannie des vieilles formules. Cette position assurée, l'invalidité de la loi ne sera admise que si les faits révélés par les débats sont suffisants pour détruire la présomption de constitutionnalité ⁶⁷.

15. Conséquence du conflit de méthodes : incertitude du droit, orientation nouvelle possible. — Cette

64. HAMILTON III, p. 1079-80, 1083, le professeur HAMILTON oppose l'examen des faits par BRANDEIS à la méthode philosophique de Holmes; l'opposition n'est pas exacte; cf. O. W. HOLMES in *Adkins Case*, p. 570.

65. *New Orleans v. Public Service Inc* 281 U. S. 682 (1930); *Standard Oil Co v. C. of Marysville* 279 U. S. 58; *Roschen v. Ward* 279 U. S. 337 (1929); *Memphis and Charleston Ry Co v. Pace* 282 U. S. 241 (1931).

66. *Powell v. Penna* 127 U. S. 678 (1888) : « ... il n'appartient pas à la Cour d'enquêter sur les faits qui dominent ces questions d'administration publique, et de frustrer la volonté du législateur, simplement parce qu'elle n'approuve pas la détermination législative des questions de fait »; *Fallbrook Irr. Dis. v. Bradley* 164 U. S. 112; *Murphy v. California* 225 U. S. 623; *T. Cusack Co v. Chicago* 242 U. S. 526; *Green v. Frasier* 253 U. S. 233; *Stephenson v. Binford* U. S. Daily, 6 décembre 1932.

67. *Wampler v. Lecompte* 282 U. S. 172 (1930) : « ... aucun fait n'est présenté pour fonder l'allégation que le pouvoir de classification de l'Etat a été exercé déraisonnablement. » HAMILTON III p. 1087; S. GLUECK I.

distinction tranchée de deux types de méthodes d'interprétation apparaît quelque peu arbitraire quand on veut l'appliquer strictement à l'analyse des décisions de la Cour. Sans doute les rencontrerait-on alternativement, simultanément ou partiellement appliqués. Souvent la Cour affirme les principes de construction relativiste que nous avons développés, sans en tirer les conséquences pratiques⁶⁸. L'intérêt de l'étude est de jeter quelques lueurs sur les procédés de jugement de la Cour.

En principe la méthode sociologique est acceptée ; quand la Cour refuse d'examiner certaines lois à la lumière de cette méthode raisonnable, elle encourt les soupçons légitimes de ceux qui lui reprochent d'ériger en doctrine d'Etat les préjugés particuliers et les conceptions personnelles de ses membres⁶⁹.

La méthode dialectique, scolastique n'a pas, malgré ses apparences strictes et précises, de réelle valeur scientifique. Elle triomphe quand le conflit entre la philosophie de la loi et celle du juge est trop puissant. Elle constitue un masque visible mais difficile à arracher, qui dissimule les forces secrètes de la décision. Elle est donc le centre du mythe judiciaire, que constitue le contrôle de la constitutionnalité des lois.

La rigueur de raisonnement dont elle se fortifie est illusoire. Le syllogisme est vicié, la conclusion n'est pas gouvernée par les raisons exprimées : il expose les résultats de la pensée mais non son cheminement réel^{69 bis}.

Les opinions ainsi construites provoquent chez le lecteur une véritable stupeur intellectuelle. L'argumentation *in vacuum*, hors la conclusion décisive, donne une nette impression de fragilité que les juristes américains n'ont pas manqué de souligner⁷⁰.

La méthode n'apparaît plus comme l'exercice de la

68. NESBITT I, p. 25.

69. GRANT I, p. 81 ; POWEL VII, p. 413.

69bis. HOLMES, A. p. 181 : « Sous la forme logique se trouve une appréciation de la valeur relative et de l'importance de buts législatifs concurrents, appréciation souvent inexprimée et inconsciente, c'est vrai, et la racine et le nerf même de tout le processus. »

70. POWEL VI, p. 836 ; VIII, p. 54 ; HAMILTON II, p. 1104.

raison, mais du pouvoir ; cependant elle permet au juge de ne pas révéler sa politique, ce qui aboutit à l'arbitraire de l'homme sous le couvert de la loi et à l'incertitude du droit : cela est parce que la majorité de la Cour suprême le veut. Elle supprime toute norme stable⁷¹.

Il faut donc dépasser la forme pour essayer d'analyser les prédilections, le choix, les tendances et l'humeur du juge. C'est sortir du domaine de la science juridique pour faire des recherches de psychologue et de biographe.

Dans cette mesure, l'essence du droit constitutionnel américain échappe à la qualification, à la classification, à la définition ; la synthèse n'est pas possible ; la recherche des critères vaine. Pour prévoir le sort d'une loi devant la Cour, la connaissance du droit est moins nécessaire que celle des hommes qui siègent sur son banc. Un principe, une règle, un précédent valent pour dix ans ou moins, suivant les circonstances, le hasard des vacances, les oscillations de la politique.

Par contre la méthode sociologique tend à atténuer le veto judiciaire, en exigeant une analyse réaliste, concrète des controverses constitutionnelles. Il est possible, que, sans réforme législative, une évolution purement interne de la Cour, sur le plan des méthodes d'interprétation, apporte une solution satisfaisante aux problèmes du contrôle.

Deux attitudes sont possibles. On peut conserver les chaînes traditionnelles du raisonnement, et modifier les conclusions, à l'occasion de changement de personnel de la Cour, coïncidant avec des événements politiques favorables — on jugera à gauche comme on jugeait à droite. Ce système dangereux réserverait les mêmes surprises, les mêmes incertitudes que l'état actuel. Mais pour obtenir un résultat permanent, indépendant de l'humeur du juge, de l'ordre de présentation et de la répartition des affaires devant la Cour, du hasard des nominations, le recours à l'interprétation

71. V. 27 *Ill. L. R.* 550 (1933) : perplexités d'un juriste examinant la validité constitutionnelle de projets de loi en instance; cf. GALLAND A, n^{os} 5, 20 (p. 52), 48, 95.

relativiste est plus sûr. La Cour se dirigera vers une compréhension plus exacte de son rôle. La tolérance de l'action législative naîtra de l'humilité scientifique. En rendant inutiles les interventions extérieures, on ne porte pas atteinte à l'autorité nécessaire du Tribunal suprême. En apaisant les conflits politiques sur le banc de la Cour, on écarte la menace d'une explosion interne. La tutelle surannée du juge laissera place à l'action normale pour une nation adulte : le recours aux urnes. Une telle évolution se dessine. Un pouvoir limité de révision pour le juge est imposé par le nombre grandissant des affaires soumises à la Cour, par la complexité et la variété de la législation, difficile à apprécier au moyen de la procédure judiciaire et les obstacles qui s'opposent aux investigations indépendantes du juge. La puissance judiciaire s'atténuera par auto-limitation ^{71 bis}. Les « dissents » apportent une contribution essentielle à l'exposition et au développement de cette méthode d'interprétation réaliste de la Constitution.

71 bis. Le prof. Haines A. termine son grand ouvrage sur cette idée, p. 540, mais au cours de son examen, il semble y attacher moins de valeur : p. 475.

III

intérêt et portée des opinions dissidentes.

16. Les courants différents de « dissents ». — Les Cours américaines connaissent, en effet, la pratique des opinions dissidentes. Chaque juge peut donner son avis publiquement et si les délibérations sont secrètes, les opinions ne le sont pas ^{71 ter}.

A la Cour suprême des Etats-Unis, dès l'origine, les juges de la minorité souvent ont donné les raisons de leur désaccord. Mais l'on trouverait difficilement des règles fixes ou précises déterminant dans quels cas on a pris l'habitude d'exprimer un dissent. Suivant les époques et la composition de la Cour, le nombre et les motifs des dissents ont profondément varié. On peut cependant les classer par périodes : celle qui s'étend du commencement du xx^e siècle jusqu'à ces dernières années est certainement une des plus saillantes.

La doctrine de ces dissents que nous nous proposons d'analyser est caractérisée par la protection des droits de l'homme et la tolérance de l'action législative. Certes depuis 1900 il y a eu des renversements de majorité, qui créent immédiatement une minorité nouvelle. On peut dire dans cette mesure que chaque majorité de la Cour comprend une minorité virtuelle. Dans l'ensemble ce sont ces dissents « libéraux » qui sont les plus caractéristiques, les plus soutenus ⁷². Depuis 1930 une tendance différente se fait jour à la suite de nominations nou-

^{71ter}. BALDWIN A, p. 266-69). Cette possibilité met quelquefois en lumière des situations extraordinaires que le caractère anonyme et collectif de nos jugements français dissimule. Dans *Downes v. Bidwell* 182 U. S. 24, les 5 juges de la majorité d'accord sur la décision, se partagent en trois groupes, exprimant des motifs non seulement différents mais opposés. La minorité de 4 juges est elle-même partagée sur les motifs d'une décision contraire. Cf. *Georgia v. Braislford* 2 Dall 402 (1792).

⁷². E. LAMBERT A, p. 62.

velles. Les opposants changent de camp. Les champions des pouvoirs absolus du juge font entendre alors de vigoureux dissents. Cette assez nette coupure nous permet opportunément de dresser le bilan provisoire de trente années d'opposition ^{72 a}.

17. Origines des dissents. — La pratique des dissents est d'origine anglaise.

Elle trouve son antique origine dans le caractère et les procédés de la justice féodale ; l'époque historique des *dissents* se précise au moment où les débats judiciaires sont recueillis officiellement et publiés. C'est le système des Year Books.

La justice féodale est rendue par le seigneur entouré de son conseil d'hommes libres. Les Cours de justice qui se détachent de la Curia Regis vont garder de ce caractère original de conseil, une procédure orale et publique.

Tous les avis sont connus. Au Moyen âge, en France comme en Angleterre, la délibération et le vote des juges ont lieu en public ^{72 b}. Il est nécessaire de connaître exactement les juges qui se prononcent dans tel ou tel sens.

72a. Supreme Court moves to the Left 13 World To-morrow 411 (1930) WOLF I; SCHMIDT I; POLLARD II; MC KEE I; CORWIN IV; CHAFFEE II, IV; V. les restrictions faites dans SHARP I et HANKIN B.

Cette évolution est précisée par l'examen du nombre des dissents (d) et des votes dissidents (v) de trois juges « libéraux » :

		1927	1930	1931
Holmes	d	10	0	1
	v	20	4	5
Brandeis	d	9	0	3
	v	17	5	15
Stone	d	5	2	6
	v	16	6	14

Cependant 1931 marque une légère augmentation. Les mêmes constatations apparaissent dans le nombre total des dissents (d) et des votes dissidents (v.) :

	1927	1930	1931
d	31	12	16
v	82	14	61

72b. GLASSON A, p. 663; GLASSON B, p. 566; J. LAMBERT A, p. 46.

Le plaideur mécontent peut, en effet, provoquer les juges qui lui ont donné tort en un combat singulier le duel judiciaire ^{72 c.} A la vérité si l'on connaît bien l'avis des différents juges, il ne reste pas de trace de leurs motifs. Ils n'ont pas l'obligation de motiver leur décision ^{72 d.} Les juges américains, encore aujourd'hui ont conservé cette prérogative ; ils ont toujours proclamé l'inconstitutionnalité des lois qui leur imposaient de motiver leurs jugements ^{72 e.}

Dans la procédure ancienne anglaise cette pratique explique que les procès-verbaux officiels des affaires (*plea rolls-records*) ne contiennent pas les motifs des arrêts. Ils retracent uniquement la marche de la procédure et la décision intervenue. Ils sont difficilement accessibles même aux avocats. La constatation des motifs des décisions commence vers la fin du XIII^e siècle. Mais elle est purement officieuse et a pour but de servir à l'instruction des jeunes avocats. On a pu trouver l'origine du *case law* dans le système des Year Books. D'après les théories les plus récentes les apprentis-hommes de lois assistant aux audiences auraient recueilli eux-mêmes les débats judiciaires, plaidoiries et discussions des grands avocats, opinions des juges ^{72 f.} Toutes les opinions étaient notées. Comme l'a écrit M. le Professeur HOLDSWORTH, à l'époque où le précédent ne lie pas encore les juges une opinion dissidente, reposant sur des arguments solides, pouvait paraître plus instructive que l'opinion décisive, moins bien motivée ^{72 g.}

Ce double trait, qui devait demeurer, de la procédure anglo-saxonne est dès lors définitivement fixé : chaque juge a le droit d'exprimer publiquement son opinion sur

^{72c.} GLASSON A, p. 515; GLASSON B, p. 581.

^{72d.} GLASSON B, p. 569.

^{72e.} PROT. WAMBAUGH in R. W. COOLEY A, p. 294; V. *Houston v. Williams* 13 Ca 34; *Vaugh v. Harp* 49 Ark 160; *Speight v. People* 87 Ill. 595; le contraire est exact en droit français, GLASSON, *Traité de Procédure*, III, p. 39; Lois 16-24 août 1790; Constitution de l'an III, art. 208; Code de Procédure, art. 141; Loi du 20 avril 1810, art. 7.

^{72f.} COKE, 4 *Institutes*, p. 3; HOLDSWORTH A, ch. III; J. LAMBERT A.

^{72g.} Dans une lettre du 20 juin 1933 que le professeur HOLDSWORTH a bien voulu nous adresser.

les affaires qui sont soumises à la Cour où il siège. Son avis qu'il soit conforme ou non à la décision de la majorité est inscrit dans les recueils ^{72 h}.

18. La pratique de la Cour suprême. — La Cour suprême adopte la pratique courante : Chaque juge exprime son opinion, un dispositif commun et anonyme est adopté par la Cour. Ainsi quand il n'y a pas unanimité, des opinions dissidentes sont en tout cas délivrées ⁷³. Puis le Chief-Justice rend seul l'arrêt de la Cour, à son défaut le juge le plus ancien ⁷⁴, sinon chaque juge opine séparément. Sous la présidence de MARSHALL la règle se fixe ; le *Chief Justice* ou le plus ancien juge prononce le jugement de la Cour. Les juges opposants doivent alors rédiger spécialement leurs raisons, s'ils ne veulent pas se contenter d'être inscrits dans le report comme étant d'un avis contraire à celui de la majorité ^{74 bis}.

Il y a là une question d'appréciation purement personnelle. Les premiers dissents invoquent l'importance

^{72h}. La procédure française, sous l'influence du droit canon, a subi, à peu près à la même époque une orientation toute différente — puisque le juge a l'obligation de respecter le secret des délibérations et du vote, la collégialité du jugement apparaît : Ordonnances du 11 mars 1344 et du 28 oct. 1446 ; V. GARGONNET, *Traité de Procédure*, III, p. 423, II, § 689 ; I, § 640. GLASSON, *id.*, III, p. 26 — Sous la Révolution, pendant une courte période, les juges durent opiner publiquement (D. 26 juin 1793 et L. 3 brumaire an II — Constitution 5 fructidor an III, art. 208). Au milieu du XIX^e siècle un tribunal français (celui de Bastia) a tenu un registre des votes et opinions où les juges exprimaient, parfois en termes vifs, les raisons pour lesquelles ils se séparaient de leurs collègues ; Cass., 28 mai 1847 ; S. 1847.1.547.

⁷³. *Chilshom v. Georgia* 1 U. S. (Curtis) 16 (1793) ; *Birgham v. Cablot* 1 U. S. (Curtis) 76 (1795) ; *Penhallow v. Doane's administrators* 1 U. S. (Curtis) 86 (1795) ; *Talbot v. Sanson* 1 U. S. (Curtis), 929 (1795).

⁷⁴. *Brow v. Barry* 1 U. S. (Curtis) 261 (1797) ; *M'Ilvaine v. Gore's* 2 U. S. 74 ; *Blaine v. The Ship Charles Carter* 2 U. S. 125. A partir de 1860, le rôle de la Cour augmente, et les affaires sont réparties à peu près également entre les différents juges.

^{74bis}. Mais de 1801 à 1835, sous l'influence prépondérante du président MARSHALL, ses confrères s'abstiennent d'exprimer une opinion contraire, sauf rares et graves exceptions : U. S. v. *Fisher* 2 Cranch 358 dissent du juge WASHINGTON ; *Hudson v. Gueslier* (1808) dissent des juges CHASE et LIVINGSTON ; *The Nereide* (1815) dissent des juges STORY et JOHNSON ; puis, sous la présidence de TANEY, les opinions dissidentes deviennent plus fréquentes ; le juge DANIEL est le grand *dissenter* ; de 1830 jusque vers 1860, et au cours de la période de la guerre de Sécession, la Cour montre une déférence particulière pour les actes du législatif (*Sinking fund Cases* 99 U. S. 70 (1878). V. HAINES A, p. 345.

de la question posée, de la règle de droit examinée ⁷⁵.

Dès 1807, cependant, le Juge JOHNSON explique son dissent par un motif plus précis. Les parties ont fait appel à des arguments politiques. Elles ont évité la discussion juridique de l'affaire pour solliciter les passions ou les préjugés de l'auditoire, — en définitive des juges ⁷⁶.

Une certaine répugnance à exprimer des dissents se fait jour car ils diminuent l'autorité de la Cour, à moins que des considérations politiques — qu'on appelle un peu plus tard *constitutionnelles* — n'interviennent.

STORY, commentateur autorisé, et juge à la Cour suprême, s'est tracé exactement cette ligne de conduite. Dans les questions constitutionnelles le public a le droit de connaître l'opinion de chaque juge qui n'est pas d'accord avec la Cour, et les raisons de son dissent ⁷⁷.

En 1838, le Chief-Justice TANEY constate que c'est la pratique uniforme de la Cour ⁷⁸.

On comprend facilement que l'extension du contrôle judiciaire des lois du Congrès et des Législatures a multiplié les dissents. L'excuse liminaire n'est plus qu'une formule de style. Pourtant, sous l'angle de la bonne administration de la justice, cette pratique peut être dangereuse. O.-W. HOLMES le fit remarquer lorsqu'il exprima sa première opinion dissidente à la Cour Suprême en 1903. Ce grand « dissenter » considérait alors comme « inutile et peu désirable, en règle générale, d'exprimer un avis contraire. » ⁷⁹. C'était là, peut-

75. Juge WILSON (dissent) *Wiscart v. Dauchy* 1 U. S. *Curtis* 240 (1796); juge IREDELL (dissent) 1 U. S. (*Curtis*) 287 (1798).

76. *Ex parte Bollmann* 2 U. S. (*Curtis*) 23 (1807), p. 31, 35.

77. *Briscoe v. Board of C'wealth of Kcky* 12 U. S. 436 (1837), Juge CATRON (dissent) *Kendall v. U. S.* 12 *Pet.* 607 (1838).

78. 12 U. S. (*Curtis*) 919 (1838).

79. *Northern Securities C. v. United States* 193 U. S. 197, 400; c'était déjà son opinion d'ailleurs nuancée lorsqu'il siégeait à la Cour suprême du Massachusetts : « Dans une affaire comme celle-ci, il me semble que, quelqu'en pourra être le résultat véritable, c'est l'intérêt d'une pensée saine d'exposer l'opinion la moins populaire du droit, et c'est pourquoi, bien que, chaque fois que j'ai été incapable d'amener mes collègues à partager mes convictions, j'ai pris pour habitude presque invariable de différer en silence, je m'écarte de cette coutume dans cette affaire » 167 *Mass* 104; cf. WHITE in *Pollock v. Farmers Loan.*, 157 U. S. 429 (1895) (dissent), p. 608 : «... (le dissent) affaiblit l'effet de la décision de la majorité, et ainsi crée un manque de confiance dans les décisions des cours de dernier ressort... »

être, une précaution oratoire ; le nouveau membre de la Cour qui allait se permettre, pour la première fois, de contredire ses collègues, s'excusait de son audace.

19. Valeur des dissents. — On a critiqué — et les dissenters eux-mêmes — ces longs développements, discutant et repoussant le jugement de la Cour, qui peuvent créer un manque de confiance dans ses décisions ^{79 bis}. Mais au point de vue strictement juridique, le dissent n'a aucune valeur. Il n'exprime pas le droit ; c'est une manifestation purement platonique ; la décision de la Cour est seule et définitivement exécutoire.

N'est-ce pas alors bonne politique de laisser au plaideur malheureux cette satisfaction morale ? Il acceptera plus volontiers d'avoir tort, s'il sait par l'opinion d'une minorité de juges que son cas était soutenable. Ne vaut-il pas mieux abandonner cette conception un peu naïve qui apparente la décision judiciaire à une opération arithmétique ? Si les juges ne sont pas d'accord, c'est qu'ils ont mal fait leur addition ! ⁸⁰

Ces raisons ont d'autant plus de valeur, quand il s'agit de la Cour Suprême des Etats-Unis où s'instaurent de véritables débats politiques, où les lois dont on discute la validité ont reçu l'approbation des représentants de l'opinion nationale ou locale ⁸¹. Le dissent amortit le choc de la déclaration d'inconstitutionnalité. Il offre une consolation et un encouragement précieux à ceux qui défendent les réformes dont il affirme la légitimité constitutionnelle. Il leur laisse l'espoir de l'avenir. De plus, il apporte à l'action judiciaire un élément de vérité et de moralité qui n'est pas satisfait par l'unanimité symbolique que traduit le jugement unique.

^{79bis}. V. BOWEN I; *contra* HAMILTON V *Judicial Process* 8 E. S. S. 454. « L'opinion de la majorité et le dissent sont rapportés l'un à côté de l'autre dans les procès-verbaux (*record*) où on peut les lire, les étudier, les comparer. Si la vérité porte en elle le pouvoir de s'imposer, les recueils du droit (*law reports*) lui en donnent l'occasion. »

⁸⁰. HOLMES, A. p. 180.

⁸¹. *The Employer's liability Cases* 207 U. S. 463, MOODY (dissent), p. 504-05. « C'est une décision qui condamne l'action d'un des pouvoirs constitués, décision grave, dont je ne puis dégager ma responsabilité par le simple silence, je dois exprimer mon point de vue. »

L'intérêt particulier des opinions dissidentes à la Cour Suprême des Etats-Unis est plus important et plus complexe.

Ce sont en général de grands morceaux de littérature juridique ⁸². Le dissenter n'est pas limité par la nécessité d'accords et de compromis qu'exige la rédaction de l'opinion de la majorité. Il est libre d'être lui-même, et lui seul. Il exprime sa conviction profonde et s'adresse autant à ses confrères dont il déplore l'incompréhension qu'à l'opinion publique. Souvent l'opinion de la Cour n'est qu'une réponse, point par point, à l'argumentation du dissenter. Même coulé dans le moule rigide de la décision de justice, le ton du dissenter s'élève, le style se colore et se diversifie. C'est une dissertation vivante et puissante, surtout quand elle est l'œuvre d'un HOLMES ou d'un BRANDEIS.

Les opinions dissidentes constituent d'abord des exposés doctrinaux de tout premier plan. Elles expriment souvent l'avis des auteurs. Celles que nous analyserons offrent tout spécialement un tableau magistral de la théorie constitutionnelle actuelle aux Etats-Unis. A ce titre, elles méritent une étude attentive.

Elles permettent de préciser la jurisprudence de la Cour ⁸³. Le porte-parole désigné de la Cour et les juges de la minorité échangent leurs projets d'opinion. Les *dissents* imposent aux juges de la majorité un effort d'auto-critique. On peut essayer de découvrir la physiologie des débats au délibéré et d'apprécier les différences entre la discussion en conférence et l'opinion rendue publique ⁸⁴. Ils restent comme témoignages et comme jalons.

Ils expriment souvent le droit de l'avenir et leur influence positive est indéniable. Le législateur les utilise

82. CARDOZO, *Law and Literature*, p. 36; HAMILTON III, p. 1088; IV, p. 665.

83. *Hough* I, p. 331.

84. 41 *H. L. R.* 1071.

ou s'en inspire⁸⁵. L'exécutif en retient les conclusions⁸⁶. Les Cours des Etats s'approprient leurs motifs⁸⁷. La Cour suprême elle-même les retient dans des cas nouveaux⁸⁸. Quand elle revient sur une décision antérieure — ce n'est pas exceptionnel — la Cour applique le plus souvent les principes d'un dissent. L'existence de dissents diminue beaucoup l'autorité d'une décision comme précédent.

Leur connaissance est nécessaire pour mieux comprendre le droit constitutionnel américain et ses tendances. Il est permis d'y trouver, au surplus, un aspect généralement méconnu de la civilisation américaine.

Les dissents sont parcourus par un souffle pur d'idéalisme, hommage des grands juristes de la Cour aux forces spirituelles, respect de la personne humaine, confiance dans la valeur essentielle de la pensée⁸⁹.

20, Les dissents ; Holmes et Brandeis. — Nous rencontrerons pendant notre période de nombreux dissents : HARLAN, MOODY, MC KENNA, CLARK, et M. le Juge STONE^{89 bis} qui est toujours l'auxiliaire précieux de la minorité.

Mais les deux plus célèbres dissents de notre époque sont HOLMES et BRANDEIS.

D'une vieille famille de Boston — son père est le poète apprécié — O.-W. HOLMES⁹⁰, qui vient de se retirer de

85. FRANKFURTER A, p. 116; C.-J. WHITE in *Henri v. P. B. Dick and Co* 224 U. S. 1 (1912) explique ainsi son dissent, p. 49-50 : inviter le pouvoir législatif à refaire la loi dont la majorité de la Cour donne une interprétation si malencontreuse; cf. 44 H. L. R. 1287; FRANKFURTER et GREENE 31 Col. L. R. 385 (1931).

86. Le gouverneur YOUNG fait grâce à Miss Whitney à la suite de l'opinion de BRANDEIS in *Whitney v. Ca* (1927) Z. CHAFEE A, p. 133.

87. Z. CHAFEE III.

88. Nous aurons à le constater bien souvent au cours de cette étude, l'existence de *dissents* vigoureux diminue la force obligatoire d'un précédent *Boyle v. Zachariae* 5 Pet. 348.

89. CORWIN IV, p. 25; il est significatif que le premier recueil publié des opinions de O. W. Holmes, est un recueil de dissents; on est frappé en lisant des études sur les grands juges de la Cour de la très grande fréquence des citations em-pruntées à leurs dissents : FRANKFURTER IV.

89bis. Né le 11 octobre 1872 à Chesterfield, N. H., professeur de Droit et Doyen à l'Université de Columbia, puis Attorney général des Etats-Unis.

90. HOLMES, A, B, C, D.

la Cour (le 11 janvier 1932), à quatre-vingt-onze ans, est l'un des hommes les plus représentatifs des Etats-Unis, un des plus grands jurisconsultes des pays de langue anglaise⁹¹. Fils spirituel d'EMERSON⁹², compagnon de William et de Henry JAMES. A vingt ans gradué de Harvard, il quitte l'Université pour les champs de bataille de la guerre de Sécession ; lieutenant, puis capitaine au 20^e Régiment des Volontaires de Massachusetts, il est blessé trois fois. Puis il commence l'étude du droit qu'il ne sépare pas de la philosophie. Editeur de la *Harvard Law Review*, il donne en 1873 une édition nouvelle des *Commentaires de Kent*. En 1881 paraît sa *Common Law* où il se révèle grand historien du droit anglais.

Il est professeur à Harvard. Ce sont des années de recueillement et de solitude féconde⁹³.

Membre de la Cour Suprême de Massachusetts, puis président, il y siègera vingt ans, rédigeant l'opinion de la Cour dans plus de mille affaires⁹⁴, interprète presque exclusif du Droit privé.

En 1902, il est nommé à la Cour Suprême des Etats-Unis, où pendant près de trente années, il prendra la plus large part à ses travaux. Certes, ses dissents ont frappé plus vivement l'opinion ; il les marque plus intimement de sa personnalité, mais on ne doit pas oublier que, pour un dissent, il rédige huit à dix opinions de la Cour.

L'âge n'a pas courbé ses épaules ni troublé les traits réguliers de son calme visage. Les yeux pétillent. Il donne une impression de sérénité lucide et de douceur étonnante. Sa science juridique, nourrie par une vaste érudition, un labeur solitaire et profond, soulignée par

91. HOLMES E; M. R. COHEN I; FRANKFURTER I; HAMILTON IV; LASKI I; MENCKEN I et II; F. POLLOCK I; *Harv. L. R.* avril 1931; RICHARDSON A; BENT A. *A Patriarch of the Law*, *N. Y. Herald Tribune* (1932); A. HARD, *Grand Old Man of the law*, 5 janv. 1930 *N. Y. Herald Tribune*; le « juriste adulte » écrit J. FRANCK A.

92. Il lui soumet ses premiers essais philosophiques.

93. 1 *Letters of William James*, p. 80 (1920).

94. HOLMES A, p. 245.

un style admirable, « phosphorescent », soulevée par une philosophie tolérante, en a fait le promoteur de l'étude du Droit aux Etats-Unis. Une curiosité intellectuelle intense, une culture sans exclusive, l'amour de la conversation pourvu qu'on ait quelque chose à dire, une simplicité extrême, une courtoisie aimable, le rapprochent du type de l'honnête homme du XVIII^e siècle. On se trompe quelquefois en le déclarant grand sceptique. Son scepticisme est une forme de respect devant l'infini de l'univers et d'humilité devant la faiblesse de l'homme. Son scepticisme, il le réserve pour ses dissents, pour rappeler, sans colère, les juges, ses frères, au respect de leur office. Il leur en donne l'exemple scrupuleux en n'hésitant pas à sanctionner la loi qu'au fond de lui-même il trouve peut-être insensée, car il n'est pas très éloigné de l'économie classique.

Ses discours aux étudiants d'Harvard nous révèlent une foi profonde dans la destinée humaine, l'amour de la justice et de la vérité ⁹⁵.

Le sens si parfait de la mesure qui le caractérise ne le doit-il pas, en partie, à une influence française que sa conversation, ses lectures et ses écrits ne dissimulent pas. Il n'a pas seulement été l'initiateur de la science juridique, le rénovateur de la common law dans son pays. Des juges éminents le reconnaissent comme maître, LEARNED HAND à la Cour d'appel fédérale de New-York, CARDOZO à la Cour suprême des Etats-Unis, HIGGINS en Australie, Lord HALDANE et Lord SANKEY en Angleterre. O. W. HOLMES, prophète de la loi, comme l'a appelé le Chief Justice HUGHES, placé par les Anglais eux-mêmes à côté des plus grands jurisconsultes de leur pays, est une belle et puissante figure de l'Amérique contemporaine ^{95 bis}.

Le juge BRANDEIS ⁹⁶, personnalité si différente pour-

95. HOLMES A. Certains accents évoquent GUYAU le philosophe élevé de la « Morale sans obligation ni sanction ». Le 8 mars 1932 (*N. Y. Times*) il écrit aux organisateurs d'un banquet en l'honneur de son 91^e anniversaire : « Nous visons l'infini et quand notre arc tombe à terre il est en flammes ».

95 bis. Les arrêts de O. W. Holmes sont parmi les rares décisions américaines citées dans la pratique anglaise.

96. BRANDEIS A. B. C.

tant de celle d'O. W. HOLMES, a combattu le plus souvent à ses côtés. Ils atteignent à un idéal commun de tolérance, l'un en planant au-dessus des hommes, l'autre en fouillant leur vie terre à terre, HOLMES par la philosophie éternelle, BRANDEIS par la quotidienne expérience.

Sa famille émigre de Bohême aux Etats-Unis, après l'échec des mouvements révolutionnaires de 1848, quittant l'Europe pour une terre plus favorable à la démocratie et à la liberté ⁹⁷. Il naît en 1856 à Louisville, Kentucky ; après de très brillantes études de droit à l'Université de Harvard, il s'inscrit au barreau de Saint-Louis, puis de Boston. Il se révèle bientôt champion du droit ; il se dévoue à la solution des problèmes sociaux et économiques de la société américaine. C'est un homme de combat, un « croisé ». Il participe activement entre 1880 et 1910 à la campagne de justice sociale qui se développe aux Etats-Unis. Une enquête sur les malversations dans les sociétés de bienfaisance et institutions charitables de Boston le fait connaître du public. Il va se trouver alors toujours du côté de l'intérêt public, il représente les municipalités dans les affaires de concessions, participe aux grandes enquêtes économiques sur les assurances, le prix du gaz, les tarifs des chemins de fer. Il arbitre une grève des travailleurs de vêtements pour dames (*International Ladies garment Workers* 1910). On l'appelle l'« avocat du peuple ». Il est adonné aux affaires publiques comme citoyen privé et sa première fonction officielle permanente, c'est sa nomination à la Cour Suprême des Etats-Unis par le président Wilson. Il y apportait une expérience intime des conflits économiques modernes, une connaissance inégalée du mécanisme de la société industrielle américaine. Interventionniste à la Sismondi, il croit à l'efficacité d'un système capitaliste épuré ; organisateur et constructeur, il fait confiance au génie créateur des démocraties. Il voit dans la

97. FRANKFURTER' D; IV; HAMILTON III. IV; M. LERNER I; MASON I; E. W. PATTERSON II; POLLARD I; POOLE I; RICHBERG II; 132 *Nation* 156 (1931); 125 *Nation* 330; *Sen. Doc* n° 409, 64^e Congrès, 1^{re} session (1916); G. E. HUGHES *H. L. R.* 1931. p. 1071. BIKLÉ II.

loi, heureusement maniée, un instrument de contrôle social. S'il soutient l'économie individualiste, c'est qu'elle lui paraît encore essentielle à la liberté humaine. Il est prêt d'ailleurs à réviser toutes les valeurs à la lumière de l'expérience.

Juge, il a voulu remplacer les clichés stériles et traditionnels par un examen réaliste des conflits. Il introduit les statistiques et les faits économiques à la Cour suprême. Mais c'est de plus un excellent praticien du droit, il utilise avec un art parfait toutes les ressources de la technique juridique. Ses opinions se détachent par la richesse de l'analyse, leur simplicité et leur clarté, leur force persuasive.

Ses confrères apprécient son égalité d'humeur et sa sérénité. Pourtant, quand il lit ses opinions, il sait les animer par un accent dramatique, qu'il a conservé, sans doute, de son expérience d'avocat.

Malgré cet idéal libéral qui le sépare de la majorité de ses confrères, M. le juge BRANDEIS est cependant un conciliateur : son but à la Cour c'est d'éviter, tant en utilisant habilement les règles de droit et de procédure qu'en évoquant les conséquences sociales d'un litige, une sorte de contrôle suprême du pouvoir judiciaire sur la vie de la nation. On a quelquefois l'impression qu'il invoque les doctrines sociales qu'il approuve. En réalité, s'il s'efforce d'expliquer le point de vue du législateur, il n'a aucun désir de le dominer.

S'il ne possède pas la fulgurance philosophique de O. W. HOLMES, le juge BRANDEIS est le maître de la recherche concrète. Il est aussi un excellent économiste. Ses contemporains l'ont déjà placé parmi les grands juges de la Cour suprême.

21. Plan général. — Cette introduction longue, mais nécessaire, fixe exactement le but de notre étude. Après avoir examiné la doctrine des dissents dans les différents ordres de litiges soumis à la Cour : principe de la séparation des pouvoirs (I), libertés individuelles (II), libertés

économiques (III), organisation des services publics (IV), nous nous efforcerons de déterminer la théorie du droit constitutionnel américain qu'ils impliquent (V). Nous n'aurons plus alors qu'à apprécier, à la lumière de ces recherches positives, la valeur du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois (VI).

CHAPITRE PREMIER

LE PRINCIPE DE LA SEPARATION DES POUVOIRS

22. Sa portée. — Les auteurs considèrent en général que la séparation des pouvoirs est un des principes fondamentaux de la Constitution. Elle résulte moins d'une clause expresse que de la répartition précise de compétences établie par la Charte fédérale entre les pouvoirs constitués (art. 1, 2 et 3). Cependant, elle n'est point absolue. La séparation des pouvoirs n'équivaut pas à leur autonomie. Il existe quelques contacts, quelques charnières : veto du président, ses messages et recommandations, son pouvoir de nommer les juges, l'*impeachment* confié au législatif. La coutume constitutionnelle et les statuts en ont créé beaucoup d'autres : le plus important, c'est précisément le contrôle judiciaire des lois et des actes administratifs, l'accroissement des pouvoirs de l'exécutif (suspension des lois, modification du tarif des douanes), le rôle du cabinet, les nominations présidentielles de fonctionnaires sur la désignation des sénateurs de chaque Etat, le système des Commissions au Congrès et le vote des lois de finances, la création des grandes Commissions, telle l'Interstate Commerce Commission qui a reçu des pouvoirs réglementaires qui constituent une véritable délégation législative⁹⁸.

⁹⁸. WILLOUGHBY A, § 1058, 1061; BURDICK, A. § 29, 25, 58; HORWILL, A. ch. V à VIII. Cf. HOLMES in *Springer v. Philippine Islands* 277 U. S. 189, 209 (1927) : (dissent) « Les grandes ordonnances de la Constitution ne créent pas ni ne divisent des zones de blanc et de noir. Même pour les plus spécifiques, on découvre qu'elles se terminent dans une pénombre qui s'évanouit graduellement d'un extrême à l'autre ».

La Cour suprême s'est trouvée récemment divisée sur la portée exacte du principe. Elle a eu à décider pour la première fois la nature du pouvoir de révocation des fonctionnaires, dont elle a fait l'apanage exclusif du président, au moins pour les fonctionnaires qu'il nomme (même avec le consentement du Sénat). Elle a menacé sérieusement le fonctionnement des tribunaux administratifs, dont la création progressive est un fait remarquable de l'évolution du droit américain et anglais contemporain ⁹⁹, en soumettant leur action à la révision intégrale des cours de justice de droit commun.

23. Pouvoir de révocation du président des Etats-Unis. — Les principes essentiels du droit constitutionnel américain semblent avoir été déduits à l'occasion de litiges insignifiants.

Dans *Marbury v. Madison*, un juge de paix réclame sa nomination, dans *Myers v. United States* ¹⁰⁰ les héritiers d'un contrôleur des postes révoqué illégalement réclament à l'Etat le montant du traitement qu'il aurait dû toucher jusqu'à l'expiration régulière de ses fonctions. Nommé le 21 juillet 1917 pour quatre ans, Myers avait été révoqué en 1920 par le président Wilson. Ce dernier n'avait pas demandé le consentement du Sénat, qui était alors en session, comme l'exigeait la loi du 12 juillet 1876, section VI ¹⁰¹. Cette disposition de la loi était-elle constitutionnelle ?

Le conflit opposait en réalité l'exécutif et le législatif. La Cour le marqua bien en demandant au Sénat de désigner un de ses membres, comme *amicus curiae*, pour développer devant elle le point de vue du Congrès ¹⁰². L'exécutif était représenté par l'attorney-général A. G.

99. FRANKFURTER et LANDIS, p. 184; ROOT, 41 *Am. Bar. Assn. R.p.* 355, 368-9; FREUND C.

100. 272 *U. S.* 52 (1926).

101. « Les « postmasters » de 1^{re}, 2^e et 3^e classe seront nommés et pourront être révoqués par le Président de l'avis et du consentement du Sénat, et ils resteront en fonctions pendant 4 ans sauf révocation ou suspension anticipée conformément à la loi. »

102. Ce fut le sénateur PEPPER.

BECK. L'affaire occupe 245 pages du Recueil d'arrêts de la Cour.

Pourtant, le problème était étroitement circonscrit. La Constitution prévoit la nomination de certains fonctionnaires par le président seul ou avec « l'avis et le consentement » du Sénat. La question de la révocation de ces fonctionnaires n'était pas en cause¹⁰³. La Constitution autorise le Congrès à créer des fonctions subalternes¹⁰⁴ et à confier la nomination de leurs titulaires, soit au président, soit aux tribunaux, soit aux chefs des départements ministériels (art. 2, section II).

La fonction de Myers était bien subalterne. Le Congrès qui l'avait créée, qui en avait confié la nomination au président assisté du Sénat, pouvait-il valablement prescrire la révocation par une procédure identique ? La Cour a décidé par six voix de majorité qu'un pouvoir de révocation sans réserve appartient au président dès qu'il a dû participer à la nomination¹⁰⁵.

Le Chief Justice TAFT justifie la décision par l'interprétation de l'article 2 de la Constitution qui confie le pouvoir exécutif au président des Etats-Unis et lui donne mission de veiller à l'exécution fidèle des lois.

Le pouvoir de révocation est un des éléments intangibles de l'exécutif et d'ailleurs il doit exister pour per-

103. HORWILL, A. p. 135, 146 : le 11 février 1924 le Sénat adoptait une résolution demandant au président d'exiger la démission du Secrétaire de la Marine impliqué dans les scandales du *Teapot Dome*. Le Président COOLIDGE, sans répondre directement, fit connaître qu'il estimait que la révocation d'un membre du cabinet était de la compétence exclusive du Chef de l'Exécutif, seul responsable de son action devant le peuple. Mais le Secrétaire démissionna peu après. Deux mois plus tard, un autre membre du cabinet, l'*attorney-general* DAUGHERTY était obligé de démissionner à la suite d'une enquête sénatoriale.

La coutume est, pour le Sénat, d'accepter sans débat le choix du Président, quand il s'agit des membres de son cabinet. Cependant en 1925 la nomination de C. B. WARREN comme *Attorney-general* par COOLIDGE est refusée par deux fois malgré la menace du Président de nommer M. Warren pendant l'intersession congressionnelle.

Ces incidents, qui créèrent une forte émotion, n'ont peut-être pas été sans influence sur la décision du *Myers Case*.

104. Dans *U. S. v. Germaine*, 99 U. S. 508 (1879) la Cour a défini la fonction subalterne, celle qui n'est pas spécialement prévue par la constitution.

105. Myers avait été débouté, en première instance par la *Court of Claims*.

mettre au chef de l'Exécutif de remplir ses fonctions constitutionnelles.

TAFT rappelle les conflits qui ont séparé sur ce point le président et le Congrès et s'étend longuement sur un débat du premier Congrès où incidemment, au cours du vote d'une loi créant un département des Affaires étrangères, la Chambre des Représentants avait éliminé du projet une disposition qui aurait pu laisser croire que le président ne possédait point constitutionnellement le pouvoir de révocation ¹⁰⁶.

Surtout il insiste sur les nécessités pratiques qui s'attachent à cette essentielle prérogative présidentielle. Le fonctionnement sans heurt de l'administration, l'unité de vue, la coordination indispensable entre le chef et ses surbonnés ne peuvent être assurés que par elle. Le Congrès ne peut en la restreignant paralyser l'Exécutif. Le Chief Justice se souvient qu'il a été président.

Trois dissents protestent contre cette argumentation. Les juges Mc REYNOLDS et BRANDEIS constatent que la Constitution est muette sur le pouvoir de révocation. Les pouvoirs non conférés expressément doivent être « construits » strictement ¹⁰⁷. La Cour doit interpréter et non créer le droit ¹⁰⁸. La Constitution n'assure-t-elle pas la prédominance du législatif ; le président n'est chargé que d'exécuter les lois. Il faut distinguer l'acte de révocation qui est un acte de l'Exécutif et la prescription des conditions de la révocation qui appartient au pouvoir législatif.

Les débats du premier Congrès ne sont pas concluants. Il s'agit simplement de l'opinion de la Chambre des Représentants qui d'ailleurs envisage uniquement l'existence du pouvoir de révocation confié au président, non sa limitation possible par le Congrès et surtout ne vise que les hauts fonctionnaires et non les fonctionnaires subalternes.

106. 1. *Stat.* 28 c. 4.

107. BRANDEIS (dissent), p. 247.

108. Mc REYNOLDS (dissent) p. 183.

La réglementation possible du pouvoir de révocation du président a d'ailleurs été admise par MARSHALL dans *Marbury v. Madison* ¹⁰⁹. Juges et publicistes l'ont demandée : STORY, CLAY, WEBSTER, CALHOUN ¹¹⁰. L'histoire du service des postes confirme cette thèse. En 1775 et 1781, le Congrès établi par les articles de la confédération nomme même un ministre des Postes.

Pendant quarante-sept ans (1789-1836), le président n'a pu ni nommer ni révoquer un contrôleur des postes. Aujourd'hui, le Postmaster General dispose encore de trente-cinq mille postes de contrôleurs de 4^e classe ¹¹¹. Enfin, un examen de la législation des Etats et de l'Union montre que l'intervention du législateur est l'usage général du pays : consentement du Sénat ou de la législature, énumération des cas de révocation ¹¹². D'autre part, le Congrès a fixé de nombreuses conditions de nominations des fonctionnaires ¹¹³. L'opinion de la majorité avait écarté l'argument des lois limitatives votées par le Congrès et acceptées par les présidents en remarquant que l'acquiescement n'existait pas : le veto n'ayant pas été exercé, soit parce que, d'une façon générale, la loi était bonne, soit que la mesure fût incluse dans une loi de finances indispensable.

La valeur de ce droit commun américain est cependant indéniable ¹¹⁴. Il prouve assez que les inconvénients de cette législation ont été exagérés. Le président peut toujours suspendre provisoirement un fonctionnaire indigne. Le premier devoir du président est de respecter la loi qui définit les limites de son action. L'avantage de ces textes est précisément d'écarter l'arbitraire qui ne doit pas plus frapper les fonctionnaires que les autres citoyens ¹¹⁵.

La conclusion philosophique du débat nous est donnée

109. BRANDEIS, p. 242.

110. MC REYNOLDS, p. 180.

111. *Id.*, p. 191.

112. BRANDEIS, p. 248.

113. *Id.*, p. 250-265.

114. *Id.*, p. 283.

115. *Id.*, p. 275, 2, 4

par le court et puissant dissent de O. W. HOLMES. Le raisonnement juridique de la Cour lui semble « une toile d'araignée » impuissante à retenir les faits dominants. « Le devoir du président de veiller à la bonne exécution des lois est un devoir qui ne va pas au delà des lois et n'exige pas de lui qu'il réalise plus que le Congrès n'a estimé opportun de laisser à son pouvoir ¹¹⁶. »

La théorie des dissents arrêtera la menace que l'opinion de la Cour fait peser sur l'organisation statutaire des fonctionnaires qui remplace peu à peu le *spoils system* du président JACKSON. Un dictum de TAFT permettrait même au président de révoquer les membres des tribunaux administratifs dont cependant il ne peut contrôler la décision ¹¹⁷.

La décision illustre l'interprétation *a priori* de la Constitution : le Chief Justice fixe le droit par les débats obscurs du premier Congrès qu'un siècle d'expérience législative avait pourtant infirmé.

Cette attitude systématiquement favorable à l'Exécutif a été confirmée par la Cour en 1927 ¹¹⁸. Elle invalide, à la demande du gouverneur, une loi de la législature des Philippines, désignant les membres du conseil de contrôle de la Banque nationale. Le pouvoir de nomination des fonctionnaires n'appartient qu'à l'Exécutif. Les mêmes dissents se font entendre.

Ces victoires de l'Exécutif ne peuvent être que passagères. Les circonstances politiques imposent aux assemblées de fixer par des textes organiques la situation des fonctionnaires : garanties de recrutement et d'avancement, protection contre le favoritisme ; cette action est bien de la compétence législative. Les dissents ont su le marquer avec force. On n'a pas pu tirer les conséquences pratiques de la décision du Myers case ¹¹⁹. L'affaire

116. HOLMES, A. p. 117.

117. WILLOUGHBY A, § 996.

118. *Springer v. Gov. of Philippine islands*, *supra* note 98

119. Le pouvoir que possède le Congrès sur l'attribution du droit de nomination aux fonctions subalternes qu'il crée, les pouvoirs du Sénat sur la nomination des fonctionnaires constitutionnels permettent l'équilibre politique. D'ailleurs le fait pour le Sénat d'accepter la nomination d'un nouveau fonctionnaire, implique acceptation de la révocation de son prédécesseur.

Myers se résout en un débat doctrinal, philosophique et historique sur les relations de l'Exécutif et du Législatif ¹²⁰.

24. Protection des prérogatives judiciaires. — Contre l'Exécutif et le Législatif, la Cour a su d'autre part faire triompher les prérogatives du pouvoir judiciaire. Sa décision est récente : elle ne touche qu'à une question de procédure, mais elle est essentielle. Elle est surtout caractéristique, parce qu'elle vient à un moment où des œuvres doctrinales, tant en Angleterre qu'aux États-Unis, ont attaqué les tribunaux administratifs — *legislative courts* — qui, multipliés, menacent les cours de justice ¹²¹. Le Congrès pourrait créer des tribunaux spécialisés dans l'examen de litiges administratifs, compétents en dernier ressort, sauf recours à la Cour suprême sur exception d'inconstitutionnalité. Il lui suffirait de donner aux juges les garanties prévues par la section 1, article III, de la Constitution. Ces tribunaux jouiraient alors de toutes les prérogatives des cours constitutionnelles. Ce n'est pas ainsi qu'il procède : il établit, pour assurer le fonctionnement de certaines lois, des commissions dont les membres sont nommés à temps et non à vie et dépendent de l'Exécutif. Ces commissions exercent des fonctions quasi judiciaires accessoires à l'exécution des lois ¹²². Leur procédure simplifiée doit cependant être régulière : *notice* et *hearing* ¹²³. Elles sont soumises au

120. Voir sur cet arrêt, commentaires de LINDSAY ROGERS, A. p. 36 et GALLOWAY I; et les notes ; 25 *Mich. L. R.* 280; 27 *Col. L. R.* 353; 42 *H. L. R.* 427 et T. R. POWEL in *New Republic*, 17 nov. 1926, p. 369; *Month. Lab. R.*, mars 1932, p. 52.

121. En Angleterre : LORD HEWART ; *The New Despolism* et ALLEN : *Bureaucracy Triumphant* etc in 45 *H. L. R.* 756 et 39 *Y. L. J.* 763; aux États-Unis, BECK : *Our Wonderland of Bureaucracy*.

122. WILLOUGHBY A, § 508 et 1087; et tout le ch. 99; *Federal Legislative Courts* in 43 *H. L. R.* 894 (1930) par KATZ; HAINE et DIMOCK I, p. 875, 894; voir plus loin opinion de la Cour dans *Crowell v. Benson*, p. 52; pour une définition judiciaire v. *Ex Parte Bakelite*, 279 *U. S.* 438 (1920).

123. Leur procédure est comparable à celle des tribunaux judiciaires : elle est moins rigide par la non-application des règles de forme de la preuve et le pouvoir d'initiative du juge administratif; dans l'affaire *Ohio Valley Co v. Ben Avon*, 253 *U. S.* 287 (1919) en plus des garanties de procédure la Cour exigea la possibilité d'une révision judiciaire complète, mais il s'agis-

contrôle, à la revision, en droit et en fait, des cours de justice, sauf en certaines matières essentiellement administratives : douanes, exécution d'un traité, ordres du Postmaster-General, immigration, déportation, concession de terres, pensions et bonus aux anciens combattants¹²⁴. Mais le Congrès a souvent décidé que les conclusions de fait établies à la suite d'une enquête régulière de ces commissions ne pourraient être révisées par les tribunaux judiciaires. Dans quelle mesure cette disposition est-elle constitutionnelle¹²⁵ ?

Les lois fédérales sur les accidents du travail occasionnés aux ouvriers maritimes ou employés dans le commerce entre les Etats créent une commission chargée d'appliquer leurs dispositions. Un nommé Knuden est victime d'un accident du travail en manœuvrant un câble sur une péniche appartenant à Benson. Il actionne Benson en vertu de la loi du 4 mars 1927 sur les accidents des *Longshoremen* et ouvriers des ports. L'affaire vient devant un sous-commissaire de la Commission de compensation des Etats-Unis. Benson soutient que Knuden n'était pas son employé au moment de l'accident. Mais le commissaire, après un long examen des faits (soixante-dix pages), l'audition de nombreux témoins, alloue une indemnité à la victime.

La Cour de district, saisie, décide qu'elle a le pouvoir de vérifier à nouveau les faits — non pas simplement leur qualification juridique — déduits dans la décision administrative ; sinon la loi violerait la clause de *Due Process* et l'article 3 de la Constitution. Elle reprend à nouveau le procès, sans tenir compte des débats devant le premier juge et déboute Knuden. La Cour d'appel confirme le jugement. La Cour suprême accepte d'examiner l'affaire (*writ de certiorari*), non quant aux faits parti-

sait d'une question spéciale et complexe : confiscation que le tarif fixé par une commission pouvait causer à une société concessionnaire d'un service public.

124. WILLOUGHBY A, § 1094; DICKINSON A.; G. W. MC QUAIN I.

125. *Crowell v. Benson* 285 U. S. 22 (1932); *dissent de Brandeis*, p. 70 note 5, p. 87 note 23, liste de cas où la disposition a été validée par la cour; WILLOUGHBY A § 508, 1144.

culiers, mais sur la question de principe. Un procès obscur et précis donne l'occasion de fixer un principe constitutionnel important et général sur les pouvoirs des tribunaux administratifs.

Il existe, selon la décision, des faits fondamentaux, « juridictionnels », qui ne peuvent être laissés à l'appréciation souveraine des commissions administratives, quelles que soient les garanties de procédure dont elles s'entourent¹²⁶. Les cours constitutionnelles conservent le contrôle entier et indépendant de cette catégorie de faits, car de leur existence dépend la reconnaissance des droits constitutionnels des citoyens.

L'indépendance essentielle de l'exercice des droits constitutionnels du pouvoir judiciaire des Etats-Unis dans l'application de la loi suprême est ainsi préservée. Sinon on verrait s'établir un gouvernement revêtant un caractère complètement « bureaucratique »¹²⁷.

La loi peut être ainsi construite ; elle n'est donc pas inconstitutionnelle¹²⁸.

Quand il s'agit d'accidents du travail, deux faits sont fondamentaux : la réalité de l'emploi, le lieu de l'accident. La raison donnée est que l'existence de ces faits est nécessaire à l'application constitutionnelle de la loi. La relation spéciale existant entre salariés et employeurs autorise seule l'attribution d'une indemnité soustraite aux règles traditionnelles de la common law. D'autre part, la compétence législative du Congrès ne s'étend qu'aux accidents du travail maritimes ou survenus au cours d'une entreprise interfédérale¹²⁹.

126. C'est là un « domaine réservé » du Pouvoir judiciaire tel qu'il est organisé par l'article III, sections 1 et 2 de la constitution; WILLOUGHBY A. § 1093.

127. Cf. HUGHES, N. Y. *Times*, 13 févr. 1931, p. 18.

128. Opinion de la Cour, p. 62-63; le Juge BRANDEIS a contesté (dissent, p. 66-67) que ce fût l'intention du législateur, ni le sens du texte; DOWLING, *Dissection of Statutes* 18. A. B. A. J. 2998.

La section 19 (a) de la loi dispose : «... le commissaire aura tous pouvoirs pour régler toutes les questions concernant une telle demande d'indemnité » et les voies de recours ne sont ouvertes (§ 21 (b)) que si la décision n'est pas « conforme au droit ».

129. Art. 1, sect. 8, § 3 de la Constitution.

Le juge administratif peut déterminer souverainement les autres faits. On cherche, sans les trouver, les motifs juridiques de la distinction. La question de savoir si l'ouvrier s'est blessé volontairement est aussi importante pour la validité de la loi que la preuve du contrat de travail ; elle n'est pas cependant « juridictionnelle » pour la Cour.

Les trois dissents ont souligné ce manque de rigueur dans les conséquences qui affaiblit la valeur du principe dégagé. L'examen souverain du fait par l'organisme administratif ne menace en rien l'ordre constitutionnel. Il a été accepté par la Cour ¹³⁰. Il suffit que la procédure ne laisse place à aucune pratique arbitraire. Les tribunaux judiciaires conservent toujours le pouvoir de contrôler la décision en droit, de vérifier la qualification des faits, la pertinence et l'autorité des preuves appuyant les constatations de fait, ce qui paraît tout à fait suffisant pour réprimer les abus possibles. Autoriser les procès *de novo*, c'est déjouer les intentions du législateur. Il a voulu que les victimes d'accident du travail reçoivent rapidement et à peu de frais la compensation qui leur est due. L'obscurité de la notion de droits fondamentaux ne peut que multiplier les conflits. C'est un obstacle grave à l'administration raisonnable de la loi ¹³¹.

Les commentateurs ont critiqué la décision qui procède d'une théorie générale sans lien étroit avec l'espèce envisagée ¹³². Il s'est agi, en somme, de montrer que la Cour ne permettra pas aux juridictions administratives de menacer les prérogatives judiciaires. Quels que puissent être les avantages pratiques du système, le Congrès ne peut l'établir pour organiser efficacement, dans leur complexité, les réglementations nouvelles : assurances sociales ¹³³, contrôle des services publics concédés.

130. *Supra*, note 125.

131. Ces présages des dissents ne se sont pas encore manifestés : Rapport de la *U. S. Employer's Compensation Commission* (1932), p. 40-42.

132. V. 41 *Y. L. J.* 1037; 46 *H. L. R.* 478; 80 *U. of Pa. L. R.* 1055; 30 *M. L. R.* 1312; 32 *Col. J. R.* 735.

133. Dans les pays anglo-saxons le règlement forfaitaire des indemnités en cas d'accident du travail fait partie du domaine des assurances sociales; ce qui explique la création de juridictions administratives. V. cependant FREUND, *Administrative Powers over Persons and Property* (1928), p. 14.

Cependant, il n'est pas niable que la souveraineté sur le fait permet, au moyen d'une présentation habile, de commander le droit d'une façon absolue. Seul un degré de juridiction subsiste, ce qui peut être critiqué au point de vue de la bonne administration de la justice. Était-ce à la Cour ou au Congrès d'en décider ? Les cours de justice utilisent très souvent des arbitres et des experts dont elles acceptent intégralement les conclusions de fait. Le juge administratif ne possède point un pouvoir plus dangereux ; ce pouvoir lui est confié au même titre, pour son expérience et sa compétence particulière en matière d'accident du travail.

L'article 3 de la Constitution confie le pouvoir judiciaire des Etats-Unis à la Cour suprême, mais toutes les cours inférieures sont la création du Congrès qui peut régler et limiter leur compétence, comme il peut limiter la compétence de la Cour suprême, juge d'appel¹³⁴. Le pouvoir judiciaire n'est donc pas un pouvoir absolu. Mais la Cour n'a pas voulu l'admettre, c'est la signification réelle de son arrêt^{134 bis}.

25. Valeur théorique de l'interprétation de la Cour.

— L'importance des deux arrêts analysés est essentiellement théorique. Dans la hiérarchie des pouvoirs publics américains, ils indiquent assez clairement l'ordre que la Cour accepte : le juge, l'administrateur, le législateur. Les juges de la minorité reconnaissent au contraire la suprématie du pouvoir législatif dans les limites expresses que fixe la Constitution.

Ce sont deux conceptions politiques qui se heurtent. Pour motiver la sienne, la Cour, dans les deux cas, fait appel à l'interprétation extensive de deux clauses vagues que l'on serait tenté de définir, clauses de style, dans la phraséologie constitutionnelle courante : le Pouvoir exé-

134. Art. 3, sect. 8, § 2, *in fine*.

134 bis. Le mouvement qui tend à la multiplication des juridictions administratives est trop puissant pour être enrayé : HOOVER A, t. II, ch. XXVIII, p. 1467. Le principe de *Benson v. Crowel* n'est pas applicable aux juridictions administratives des Etats particuliers : *Dahlstrom M. D. C' v. Helfrick* 284 U. S. 594 (1932) ; cf. C. B. ATTCHISON 1.

cutif appartient à un Président, le Pouvoir judiciaire appartient à une Cour suprême. Elle attache à ces clauses énonciatives une importance capitale. La conclusion semble bien lâche. Elle adopte, de plus, une doctrine absolue de la séparation des pouvoirs qui, pratiquement d'ailleurs, ne fonctionne pas aux Etats-Unis.

Les *dissenters* lui opposent une interprétation prudente et modérée du principe. Ils en dégagent la physiologie véritable dans l'expérience américaine qui s'est orientée vers la collaboration des pouvoirs avec tendance en période normale à la prédominance du Congrès, en définitive du Sénat.

CHAPITRE II

LES LIBERTES INDIVIDUELLES

26. Importance du contrôle judiciaire. Divisions du chapitre. — La tradition juridique anglo-saxonne¹³⁵, la Constitution¹³⁶, l'histoire de la civilisation des Etats-Unis semblent garantir au citoyen américain le patrimoine inviolable de ces libertés essentielles. Cependant, dans ce pays de l'individualisme, le législateur et le juge ne les ont pas toujours respectées.

L'accent s'est posé plutôt sur l'individualisme économique que sur l'individualisme moral. Les nécessités de la colonisation expliquent partiellement ce fait. Effort individuel et familial, elle tend à ne laisser subsister qu'une unité spirituelle, une solidarité religieuse qui n'en sont que plus fortes. D'autre part, le dynamisme de l'économie américaine, l'absorption presque totale des forces de la nation qu'il exige rend acceptable l'interventionnisme moral, pourvu que le laisser-faire économique soit sauvegardé¹³⁷.

La lutte pour les droits de l'homme, aux Etats-Unis, n'est pas principalement une lutte judiciaire. Si les tribunaux, la Cour suprême en particulier, n'ont pas toujours hésité à limiter étroitement les garanties constitutionnelles, ils ont été dans l'ensemble les redresseurs des

135. BURDICK A, § 126-127, WILLOUGHBY A, § 724-25.

136. Dix premiers Amendements à la Constitution et Amendement XIV :
31 Col. L. R. 468; GALLAND, § 71 et svf.

137. M. W. PATTERSON I.

abus. Mais l'arbitraire de l'administration et de la police échappe le plus souvent à leur contrôle¹³⁸.

Nous pourrions le constater en étudiant les restrictions apportées aux différentes formes de la liberté de pensée (I) : parole et presse, enseignement, liberté de conscience, ainsi que l'extension abusive du contrôle social de la liberté individuelle (II) : moralité privée, recherche des crimes et infractions, procédure pénale.

138. V. Rapports de la *National Commission on Law Observance and Enforcement* (Commission WICKERSHAM), n° 11 sur « *Lawlessness in Law Enforcement* », n° 5 sur la déportation des étrangers, n° 14 sur la Police (*Govt. Printing Office*, Washington) et commentaires in 30 *Mich. L. R.* 54, 63, 104; adde 40 *Y. L. J.* 967, 31 *Col. L. R.* 1148, et 10 *Bost. U. L. R.* 36 147; WILLOUGHBY A, ch. 67, les empiétements de l'Administration des Postes *U. S. V. Burleson* 255 *U. S.* 407 (1920); *Leach v. Carlisle* 258 *U. S.* 138 (1921) sont acceptés par la Cour, malgré les *dissents*; il en est de même des interventions de l'Administration des Douanes (censure des imprimés), et en matière de radiodiffusion, 40 *Y. L. J.* 967 (1931), E. M. BORCHARD A.

Section I. — La liberté de Pensée.

§ 1^{er}. — *Liberté de la parole et de la presse.*

A) LÉGISLATION FÉDÉRALE

27. Interprétation de la loi de 1917 sur l'espionnage.

— L'amendement premier à la Constitution fédérale interdit au Congrès de porter atteinte à la liberté de parole et de la presse. Les auteurs ne considèrent pas que la prohibition est absolue¹³⁹ ; une loi peut naturellement réprimer l'appel au meurtre. Cependant elle implique une grande liberté de critique politique et sociale¹⁴⁰. Elle repose, en effet, sur une conception particulière de la relation juridique existant entre les citoyens et l'Etat. L'Etat n'est plus le supérieur, mais l'agent. Le lien de subordination est renversé.

Une loi de 1798, loi dite de *Sédition* dans son article 2 a limité gravement cette liberté fondamentale. La Cour suprême admit sa constitutionnalité, mais l'opinion publique combattit avec vigueur cette loi qui tomba en désuétude quand les circonstances particulières (guerres franco-anglaises) qui avaient déterminé son vote, disparurent¹⁴¹.

L'entrée en guerre des Etats-Unis en 1917, fut suivie, peu après, du vote d'une loi dite « Loi d'espionnage » (du 5 juin 1917), dont l'article 3, du titre I, punit l'émission de fausses nouvelles, dans le but de contrecarrer le succès des armes américaines.

La Cour fut unanime pour la déclarer constitutionnelle, et, en effet, elle ne limite la liberté d'opinion que

139. WILLOUGHBY A, § 731; 41 H. L. R. 525.

140. COOLEY A. ch. XII.

141. WILLOUGHBY A, § 727.

dans la mesure où celle-ci s'exerce pour inciter à *commettre* des actes illégaux. C'est là le critérium traditionnel.

Le juge HOLMES, qui écrit l'opinion, insiste sur ses éléments : l'appel doit constituer un danger certain et immédiat ¹⁴².

Cependant, la Cour suprême interpréta encore plus largement les dispositions de la loi fédérale, l'appliquant à l'expression d'opinions qui ne pouvaient véritablement produire les résultats et les actes visés et réprimés.

O. W. HOLMES ne participe pas à ce revirement. Avec la minorité de la Cour il exprimera, à cette occasion, ce qu'il crut être la vérité constitutionnelle.

Dans l'affaire *Pierce v. United-States* ¹⁴³, il s'agissait de poursuites intentées contre les distributeurs d'un tract édité par le parti socialiste, tract destiné essentiellement à la propagande du parti. L'auteur de ce tract intitulé « Le prix que nous payons » était un prêtre de l'Eglise épiscopale. Le parti socialiste avait attendu, avant de répandre ce tract à New-York, le sort d'un procès intenté à Baltimore, contre les distributeurs de ce même tract, et qui aboutit à un acquittement.

A New-York on poursuivit un certain nombre de propagandistes, en vertu de la loi sur l'espionnage et sous trois chefs différents : « répandre des fausses nouvelles destinées à paralyser les opérations et le succès des forces militaires et navales » ¹ ; « conspirer pour essayer de provoquer l'insubordination, la déloyauté et le refus du devoir dans les forces militaires » ² ; « de provoquer l'insubordination, la déloyauté et le refus du devoir dans les forces militaires et navales » ³.

Quel était donc le contenu de ce pamphlet ?

La citation des passages incriminés est nécessaire : « Les officiers du recrutement viendront chez vous, ils prendront vos enfants en âge de porter les armes et les

142. *Schenk v. United-States* 249 U. S. 47 (1918).

143. 252 U. S. 239 (1920).

forceront à entrer dans l'armée... Et les officiers de recrutement reviendront, prenant génération après génération, montant jusqu'au plus vieux, et prenant les plus jeunes à mesure qu'ils deviennent assez forts pour être soldats. »

L'auteur accusait ensuite les autorités judiciaires de perdre leur temps à poursuivre les gens qui ne pensaient pas à se lever quand une musique jouait l'hymne national, au lieu de poursuivre les profiteurs de la guerre responsables de la vie chère. Pour prouver le caractère mensonger de ce passage le gouvernement fit témoigner le procureur du District (District attorney for the United States) qui déclara qu'aucune loi fédérale ne punissait le fait de ne pas se lever aux premières mesures de la « Bannière Etoilée » et qu'à sa connaissance personne n'avait été poursuivi pour ce fait. Témoignage renforcé par la constatation du président du tribunal que les fonctionnaires sont présumés faire leur devoir jusqu'à preuve du contraire.

Enfin, contrairement au contenu des résolutions conjointes du Sénat et de la Chambre des Représentants du 6 avril 1917, l'auteur affirmait que le banquier J.-P. Morgan avait entraîné les Etats-Unis dans la guerre, par crainte de la défaite des alliés et de voir ses créances répudiées à la fois par les vainqueurs et par les vaincus. C'était là encore une allégation fausse selon l'accusation.

La majorité de la Cour fut convaincue par ces raisonnements de circonstances. Mais les juges HOLMES et BRANDEIS n'eurent pas cette faiblesse. Louis D. BRANDEIS fut leur porte-parole. A son avis, l'accusation était injustifiée à un double titre. Elle n'apportait pas la moindre preuve de l'intention criminelle d'empêcher la conduite de la guerre ou de causer l'insubordination dans les armées combattantes. Bien plus, l'examen du texte ne permettait pas d'établir qu'il contenait des allégations mensongères, au sens *juridique* de l'expression.

Les phrases relevées ne contiennent que des critiques, des opinions, des jugements de valeur et non pas des

faits justifiant l'intervention du jury pour déterminer leur existence ou leur absence. Il en est ainsi, par exemple quand l'auteur exprime sous une forme imagée une critique contre le gouvernement fédéral, qui, selon lui, est beaucoup plus préoccupé de poursuivre les anti-militaristes que les profiteurs.

Le juge BRANDEIS fait remarquer qu'on ne peut considérer comme un fait incontestable, la Résolution du 2 avril 1917 qui n'envisage l'entrée en guerre des Etats-Unis que sous l'angle du devoir moral. Sans doute, le président, dans son adresse au Congrès, a déclaré que tout le monde savait que l'entrée en guerre des Etats-Unis n'était due qu'à de puissants motifs moraux. Mais ce même président, n'avait-il pas écrit dans son livre *The New Freedom* : « Les maîtres du gouvernement américain sont les capitalistes et les industriels des Etats-Unis ». D'ailleurs, les débats parlementaires précédant le vote de la résolution du 2 avril, montrent qu'on a fait allusion maintes fois à l'influence des financiers. Il ne peut donc s'agir ici de l'allégation d'un fait inexact (*false statement*) mais d'un commentaire, d'une appréciation que la loi ne peut condamner.

LOUIS D. BRANDEIS appuie son raisonnement de quelques considérations philosophiques sur les causes des guerres : « La cause d'une guerre comme la plupart des actions humaines n'est pas unique. La guerre est généralement la résultante de l'association de nombreuses causes, de beaucoup de conditions, d'actes, de motifs différents.

» Les historiens sont rarement d'accord sur le facteur déterminant d'une guerre particulière, même quand ils écrivent à une époque où le détachement, et la possibilité de documentation, provenant de toutes les sources, diminuent à la fois les préjugés et les autres causes d'erreurs... Et comme les causes efficaces ne peuvent être soumises, comme une combinaison chimique dans un tube d'essai, à l'analyse quantitative et qualitative, pour en peser et en évaluer les divers éléments, les historiens diffèrent nécessairement dans leur jugement.

» Même si l'on prouvait scientifiquement la fausseté des faits reprochés dans le pamphlet, cela n'aurait pu justifier la condamnation de simples comparses, de distributeurs, car l'on n'a pas prouvé qu'ils eussent eu connaissance de la fausseté des affirmations contenues dans la brochure. Ils s'efforcèrent de rester dans les limites de la légalité. Leur intention n'était pas de s'interposer dans les opérations des forces militaires et navales, mais de faire triompher la cause du Socialisme.

» La condamnation de ces hommes humbles, de ce chef, aura une importance politique considérable. Elle aboutit en effet à une condamnation de trahison pour le parti socialiste tout entier. Il est difficile à la Cour de la prononcer, déclarait le juge BRANDEIS avant de conclure. »

Ceci montre bien toutes les conséquences graves qui s'attachent à une décision de la Cour Suprême. Elle aura un retentissement plus profond que la solution stricte de l'affaire jugée. Le rôle de l'opinion dissidente est justement de balancer dans l'opinion publique ces effets généraux de caractère social. On peut dire que celle que nous venons d'analyser a une valeur considérable à ce point de vue par la puissance de son argumentation, la qualité littéraire et philosophique de son exposition. Sous les poursuites engagées contre les distributeurs d'un tract, en vertu d'une loi contre l'espionnage, elle découvre, peut-être, un motif moins glorieux, la répression judiciaire de certaines idées politiques d'opposition au gouvernement.

L'indépendance d'esprit et d'action qu'elle reflète est un peu surprenante pour nous. Nous sommes peu accoutumés de voir des juges s'exprimer aussi librement sur le problème délicat des libertés civiques en temps de guerre. Il est vrai qu'il s'agissait d'une manifestation purement platonique puisque la décision était rendue le 19 novembre 1919. La répression de la propagande, l'emprisonnement des propagandistes ressortait au passé.

Mais c'était là un avertissement et un sujet de réflexion pour les autorités gouvernementales. La conclusion de l'opinion en témoigne bien. « Le droit fondamental des

hommes libres de lutter pour un meilleur sort, grâce à de nouvelles lois et à de nouvelles institutions, ne pourra être garanti si les efforts pour l'obtenir par un appel à la raison des citoyens peuvent être interprétés comme un encouragement criminel à violer la loi existante, simplement parce que l'argumentation paraît à ceux qui exercent l'autorité judiciaire, injuste dans ses suppositions, illogique dans son développement, ou immodérée dans son langage. Aucune objection plus sérieuse que celles-ci ne peut, à mon avis, être faite aux arguments présentés dans « Le prix nous payons ».

La deuxième affaire repose aussi sur l'interprétation de la loi sur l'espionnage¹⁴⁴. Il s'agissait de la déformation systématique des informations de presse publiées dans le journal des accusés, et leur interprétation tendancieuse et pro-allemande dans les éditoriaux. Mais les omissions ou les additions étaient véritablement insignifiantes, et leur influence sur la marche des opérations militaires, très certainement nulle, les condamnations prononcées étaient au contraire très lourdes. L'opinion dissidente de M. BRANDEIS, approuvée par HOLMES, montre le ridicule de ces poursuites et leur gravité, car elles sont l'indice d'un courant autoritaire inadmissible dans une démocratie où toute opinion doit pouvoir s'exprimer librement.

« ... Considérer que ces inoffensives additions ou omissions dans les informations, que ces expressions impuissantes des opinions de l'éditeur, comme c'est le cas ici, peuvent donner même l'idée d'une poursuite, découragera, sans doute, la critique de la politique gouvernementale. Considérer que ces publications peuvent être supprimées comme fausses nouvelles, soumet à de nouveaux périls la liberté de la presse. Et ce grave danger ne finira pas avec la guerre. Le droit constitutionnel de la liberté de parole a été considéré identique en temps de paix comme en temps de guerre. En temps de paix aussi les hommes peuvent varier largement sur ce que la

144. *Schaefer v. United States* 251 U. S. 466 (1920).

loyauté du pays exige et une majorité intolérante, soulevée par la passion ou la crainte, peut être disposée dans l'avenir, comme souvent cela a été le cas dans le passé, à écraser comme déloyales les opinions qu'elle repousse. Des condamnations comme celle-ci, ne restreignent pas simplement la liberté de parole mais menacent la liberté de pensée et de croyance... »

28. Les amendements de 1918. Définition de la liberté d'opinion par O. W. Holmes. — Cette loi de 1917 fut aggravée, au mois de mai 1918, et les amendements dépassent, semble-t-il, les limites du critérium traditionnel. La loi ne considère plus en effet le but et les effets de l'opinion exprimée. Elle punit, en temps de guerre, l'expression orale ou écrite et l'impression d'opinions subversives sur le Gouvernement, la Constitution, l'armée, la marine, le Drapeau américain (amendement à l'article 3).

Dans une seule affaire, la Cour Suprême fut saisie d'un jugement de condamnation, prononcée en vertu de cet article. Elle confirma le jugement, la minorité exprima une opinion contraire. Cependant aucun juge ne considéra la constitutionnalité de la loi. L'opinion dissidente, comme dans les cas précédents, essaya de démontrer l'insuffisance des charges et le défaut d'intention. Les condamnés avaient simplement publié un pamphlet contre l'intervention américaine en Russie après la révolution de 1917.

« ... Dans cette affaire, écrivit M. le Juge HOLMES, des condamnations à vingt années d'emprisonnement ont été infligées pour la publication de deux tracts qu'à mon avis les défenseurs avaient autant le droit de publier, que le gouvernement de publier la Constitution des Etats-Unis, qu'ils invoquent aujourd'hui en vain... »

C'est surtout sa conclusion qu'il faut citer. Il y fait une vigoureuse et très habile apologie de la tolérance. Il montre que toute la tradition américaine est dans ce

144. *Abrams v. United States* 616 U. S. 624.

sens. On sait en effet que les amendes prononcées en vertu de la loi sur la sédition de 1798 furent remboursées par le gouvernement des Etats-Unis.

« ... Persécuter pour l'expression d'une opinion me semble parfaitement logique. Si vous êtes sûr de vos prémisses ou de votre puissance et désirez un résultat déterminé de toutes vos forces, vous exprimez naturellement votre désir dans la loi et balayez toute opposition. Permettre une opposition par la parole indique que vous estimez cette parole impuissante, comme lorsque quelqu'un affirme avoir résolu la quadrature du cercle, ou bien que vous ne désirez pas le résultat de toutes vos forces, ou encore que vous doutez de votre puissance ou de vos prémisses.

Mais quand les hommes auront compris que le temps a renversé nombre de croyances militantes, peut-être croiront-ils, plus qu'ils ne croient au fondement même de leur conduite personnelle, que le bien suprême désiré est atteint plus facilement par le libre échange des idées, que le meilleur critérium de la vérité est le pouvoir de l'idée de se faire accepter au milieu de la concurrence du marché et que la vérité est le seul terrain qui puisse supporter, sans danger, leurs désirs. En tout cas, c'est là la doctrine de notre constitution. C'est une expérience, la vie toute entière est une expérience.

Chaque année, sinon chaque jour, il nous faut jouer notre salut sur quelque prédiction fondée sur une connaissance imparfaite. Puisque cette expérience fait partie de notre système, je pense que nous devrions être éternellement vigilants contre ces efforts pour supprimer l'expression des idées que nous haïssons et estimons apporter la mort, à moins qu'elles ne menacent d'une façon si imminente d'entraver les buts les plus urgents de la loi qu'une répression immédiate est nécessaire pour sauver le pays...

... Seule, la nécessité pressante, qui, d'une façon réelle, rend dangereuse de laisser au temps la correction des conseils nuisibles permet de faire une exception à cet impératif catégorique : « ... Le Congrès ne votera aucune loi diminuant la liberté de parole... »

B) LÉGISLATION LOCALE

29. Insuffisance du contrôle de la Cour suprême. —

Le contrôle par la Cour Suprême de la législation des Etats particuliers est possible grâce à l'Amendement XIV. On a invoqué, de plus, contre certaines lois de circonstances, un excès de pouvoir, une atteinte à la compétence réservée du Congrès, de la part de certains Etats. Mais la Cour permit aux Etats de limiter la liberté d'opinion; elle valida longtemps les lois les plus sévères, sans vouloir considérer l'application de l'Amendement XIV. Elle admit la constitutionnalité d'une loi du Minnesota qui défendait toute critique verbale ou écrite tendant à persuader les citoyens de l'Etat de ne pas participer aux guerres entreprises par les Etats-Unis ¹⁴⁵. Elle la considéra comme un exercice légal des pouvoirs de police pour préserver la paix de l'Etat ¹⁴⁶. Deux dissents à noter, celui du « Chief Justice », M. WHITE, qui considéra que la loi empiétait sur les pouvoirs du Congrès, et celui de M. le Juge BRANDEIS, qui, de plus, estima qu'elle violait le droit à la liberté de parole.

Le premier argument implique une question de pure technique constitutionnelle. Il s'agit de savoir si les pouvoirs du Congrès sur la conduite des guerres ¹⁴⁷ sont exclusifs de toute action de la part des Etats. Il n'a pas une force irrésistible. Sans doute, seul le Congrès peut lever les armées, décider de la guerre, mais chaque Etat particulier est intéressé au résultat final et doit pouvoir y collaborer dans cette mesure. Cependant, ce n'était pas là le critérium habituel de la Cour, qui interdit toute action, opportune ou non, des Etats dans le domaine particulier du Congrès. La minorité pouvait même se prévaloir d'une récente décision ¹⁴⁸ déniait même au Congrès le pouvoir de s'en remettre à la législature des Etats pour légiférer sur une matière réservée. L'accusa-

145. Minnesota Laws 1917, C. 463.

146. *Gilbert v. Minnesota* 254 U. S. 334.

147. Article I, sect. 8 § 11 à 16.

148. 253 U. S. 149; accidents du travail maritime.

tion reposait sur le discours de Gilbert, membre influent de la « *Non Partisan League* », association composée surtout de fermiers, hostiles à la guerre qui, selon eux, enrichissait les commerçants et les hommes d'affaires des villes.

« ... Nous allons en Europe pour assurer le sort de la Démocratie dans le monde, mais je vous l'affirme, nous ferions mieux d'assurer d'abord le sort de la Démocratie en Amérique... Si l'on avait fait la conscription des fortunes comme l'on a fait la conscription des hommes, cette guerre n'aurait pas duré quarante-huit heures. » Ces paroles déterminèrent la poursuite. M. BRANDEIS s'efforça de montrer qu'il y avait là une violation incontestable de la liberté de parole protégée par la section 2 de l'article 4 et par le XIV^e Amendement à la Constitution. La loi, en effet, s'applique en temps de paix comme en temps de guerre. Elle ne joue pas simplement dans les circonstances particulières, graves ou urgentes, mais dans tous les cas, dès que l'on fait l'apologie du Pacifisme et plus si l'on conseille, quelle que soit l'occasion, à quiconque de ne pas contracter un engagement militaire :

« ... Elle s'applique également au prêtre, en sa chaire, au professeur à l'Université, à l'orateur dans une réunion politique, au conférencier dans une société ou dans un cercle. »

« ... Aux jeunes gens considérant s'ils doivent entrer dans ces services, pour gagner leur vie, leur interlocuteur ne peut dire qu'à son avis ils pourraient mieux servir leur pays et leurs intérêts en entrant dans l'Administration fédérale ou locale, en préparant une profession libérale, en se plaçant dans les transports, dans l'agriculture, le commerce, ou en devenant ouvrier dans une industrie productive. »

La loi va plus loin encore (Section 3) puisqu'elle vise aussi les croyances. On songe aux interventions dans la vie privée des familles, des individus, que certaines lois américaines n'épargnent pas.

« ... Ainsi, la loi envahit la vie privée et la liberté du foyer. Un père ou une mère ne peuvent, obéissant aux

suggestions de croyances religieuses, de leur conscience ou de leurs convictions, enseigner à leur fille ou à leur fils la doctrine du pacifisme. S'ils le font, un agent de police peut les arrêter sur-le-champ. »

Certains protestants durent approuver ces paroles. Elles correspondent à la doctrine morale qui interdit absolument de donner la mort.

Ces restrictions sont contraires à l'intérêt national bien entendu. Non seulement elles sont illégales, mais dangereuses et inopportunes. L'action des Gouvernements sera beaucoup plus sage, si on la soumet à l'appréciation d'une opinion publique éclairée.

Le conflit est identique à celui que nous relevions plus haut. La répression impitoyable de toutes les dissidences facilitera peut-être, l'action. Mais dans une démocratie, l'avis de tous doit déterminer la direction à prendre. On doit pouvoir le donner librement sur toutes choses. C'est la doctrine de la Constitution américaine. Cependant, certains membres de la Cour estimaient que l'Amendement XIV ne protège pas la liberté de parole et en général toutes les libertés individuelles. M. le Juge BRANDEIS leur répond avec vigueur en terminant son « dissent ».

« ... Mais il m'est difficile de croire que la liberté garantie par la Constitution, qu'on a considérée comme protégeant, contre toute restriction par un Etat, le droit d'un employeur de boycotter un ouvrier parce qu'il est membre d'un syndicat (236 *U. S.* 1), le droit d'un homme d'affaires d'établir un bureau de placement privé (244 *U. S.* 590), ou de passer un contrat d'assurance de ses propriétés, hors de l'Etat, (165 *U. S.* 578) quoique la législature considère cet acte contraire au bien public, ne comprend pas la liberté d'enseigner, soit dans l'intimité du foyer, soit publiquement la doctrine du pacifisme, aussi longtemps au moins que le Congrès n'a pas déclaré que la sûreté publique exigeait cette suppression.

» Je ne puis croire que la liberté garantie par l'Amendement XIV comprend uniquement la liberté d'acquérir des droits de propriété et d'en jouir. »

Ces arguments ne furent point perdus, puisque la

Cour Suprême estima un peu plus tard que la liberté de parole était, elle aussi, protégée par l'Amendement XIV, protection fragile, d'ailleurs, car la Cour décidait en même temps que la loi considérée apportait une limitation légitime à cette liberté.

C'est l'affaire *Gitlow*¹⁴⁹ qui met en question la constitutionnalité de la loi de l'Etat de New-York sur l'anarchie criminelle¹⁵⁰. Cette loi, adoptée après l'assassinat de Mc Kinley, resta lettre morte depuis son vote...

On sait que dans l'interprétation de la loi fédérale sur l'espionnage de 1917, la Cour avait appliqué le critérium du « *danger certain et immédiat* », critérium en somme libéral. Dans l'affaire *Gitlow*, elle le repoussa pour adopter celui du « *résultat possible* ». Le manifeste communiste publié par *Gitlow* et contenant tous les éléments d'une doctrine révolutionnaire bien connue, ne constituait pas un danger certain et immédiat de révolution, mais c'était un résultat « possible » à envisager, sinon à prévoir, et la majorité de la Cour Suprême pensa que cela suffisait, malgré l'Amendement XIV.

Naturellement, les mêmes juges émirent une opinion dissidente. Celle de M. le Juge HOLMES est courte et affirme la justesse et la logique du critérium ancien.

« ... On a dit que ce manifeste était plus qu'une théorie, que c'était un encouragement. Toute idée est un encouragement... Mais quoi qu'on pense du discours redondant que nous examinons, il n'avait aucune chance de susciter aujourd'hui une conflagration. »

La constitutionnalité de lois plus restrictives encore que la loi de New-York a été admise par la Cour Suprême¹⁵¹.

Pour des raisons techniques, ni BRANDEIS, ni HOLMES ne purent condamner le jugement, mais ils exprimèrent leur opinion séparément, car ils étaient loin d'adopter les

149. 268 U. S. 652; CHAFEE A, p. 99.

150. 1902 N. Y. Penal Laws, §§ 160 166.

151. *Whitney v. California* 274 U. S. 357; cette période de poursuites judiciaires a été sévèrement appréciée par M. C. E. HUGHES, aujourd'hui président de la Cour suprême (V. WEST A.

motifs de la Cour. M. BRANDEIS trouve des accents nouveaux pour défendre la liberté de parole. Il invoque encore toute la tradition américaine. L'effet moral de son dissent fut grand.

29 bis. Influence des dissents. — Quelques mois plus tard, miss Whitney, condamnée de une à quatorze années de prison, simplement parce qu'elle était adhérente du parti communiste, fut graciée par le gouverneur de l'Etat de Californie, C. C. YOUNG, qui, dans son exposé, invoque à plusieurs reprises l'opinion de M. le Juge BRANDEIS.

Beaucoup de gouverneurs d'Etats eurent une attitude aussi habile ou aussi libérale ¹⁵².

Même à la Cour Suprême, les avertissements ne furent pas vains ¹⁵³. Sans doute, les lois répressives sont constitutionnelles, mais elles doivent être appliquées sans arbitraire et sans injustice ¹⁵⁴.

Un professeur de droit à l'Université de Harvard commentait ainsi l'attitude de la Cour Suprême :

« ... La liberté de parole sera-t-elle mieux protégée à l'avenir ? » Voici sa réponse : « Dans ce champ de bataille de la raison, nous possédons de nouvelles et puissantes armes, les opinions dissidentes des juges HOLMES et BRANDEIS. De cette longue série de défaites légales est sorti un groupe d'arguments pour la tolérance qui peuvent être justement placés près de « l'Areopagitica » et de la « Liberté » de MILL. Les opinions de la majorité déterminèrent les procès, mais ces opinions dissidentes détermineront les esprits de l'avenir ¹⁵⁵. »

Cette prophétie n'était pas vaine. Deux décisions récentes nous montrent l'évolution de la Cour qui approuve aujourd'hui les principes des dissents.

Une loi sur la presse de l'Etat de Minnesota permettait d'interdire par voie d'injonction judiciaire toute publication malicieuse, scandaleuse, diffamatoire, d'une façon

152. Z. CHAFEE A p. 133.

153. *Fiske v. Kansas* 274 U. S. 380.

154. 41 II. L. R. 528.

155. Z. CHAFEE A p. 107.

générale. Le Chief-Justice HUGUES, au nom de la Cour, constate que la loi autorise l'injonction, sans que la preuve des faits allégués soit permise, qu'elle s'applique aux informations concernant les hommes publics, qu'elle rétablit indirectement mais très effectivement la censure. Il déclare la loi contraire à l'Amendement XIV ¹⁵⁶.

De même, la Cour invalide une loi de l'Etat de Californie qui interdit, sous peine de sanctions pénales, de déployer un drapeau rouge dans un esprit d'opposition au Gouvernement organisé ¹⁵⁷.

L'Amendement XIV protège dès lors les libertés morales contre les restrictions législatives des Etats particuliers de l'Union, non plus seulement les libertés économiques. Ce progrès considérable, les dissidents l'ont préparé.

C) ORDRES DU JUGE

30. Pouvoir de contempt et liberté d'opinion. — La liberté de pensée a quelquefois besoin d'être protégée non contre le législateur, mais contre le juge lui-même. Il peut condamner à l'emprisonnement ou à l'amende l'orateur ou le journaliste qui a critiqué son action, en usant de son pouvoir de réprimer le « *contempt of court* ». Il le fera soit immédiatement en prenant connaissance du discours ou de l'article, ou après avoir donné ordre (*injonction*) de cesser les attaques. Il est facile, en abusant de ce pouvoir, de restreindre sérieusement la liberté d'opinion. Ces restrictions ne peuvent avoir évidemment qu'une importance locale. Le juge prononce une injonction interdisant certaines paroles, celui qui contrevient à l'injonction est puni pour « *contempt* ».

Mais la Cour Suprême a approuvé l'un et l'autre pro-

156. *Near v. Minnesota* 283 U. S. 697 (1931); approuvant les *dissents* de HARLAN in *Patterson v. Colorado* 205 U. S. 454 (1907) et de BRANDEIS in *Gilbert v. Minnesota*, *supra*, p. 67; notes sur cet arrêt : 31 Col. L. R. 1148; 30 Mich. L. R. 27; 41 Y. L. J. 262.

157. *Stromberg v. California* 283 U. S. 359 (1931).

cédé ¹⁵⁸. HOLMES opposa un dissent que BRANDEIS approuva. La protection constitutionnelle de la liberté d'opinion ne fut pas invoquée. Le débat se déroula uniquement sur la portée du pouvoir de punir pour *contempt*, tel qu'il résulte du Code judiciaire ¹⁵⁹. Les juges de la minorité n'attachèrent ce pouvoir qu'aux attaques directes, immédiates et précises, contre le juge, survenues, par exemple, au cours d'une audience ¹⁶⁰.

§ 2. *La liberté d'enseignement* ^{160bis}.

31. La liberté d'enseignement et les préjugés de race.

— La liberté d'enseignement a été gravement limitée par la Cour Suprême dans une décision sur la constitutionnalité d'une loi, déclarant illégal pour toute personne, société ou association de personnes, le fait de diriger une institution où des gens appartenant à la race noire et à la race blanche seraient admis ensemble ¹⁶¹.

Elle a affirmé, en effet, la constitutionnalité de cette loi ¹⁶² tout au moins quant à la restriction imposée aux sociétés et associations, car le « *Bill of right* » ne vise pas les personnes morales, mais uniquement les personnes physiques.. Sans doute, la loi visait aussi les individus, mais on pouvait opérer la séparation des différentes dispositions sans difficulté. La Cour remarquait que si l'on avait pu démontrer, au contraire, que la loi formait un tout indivisible, dans la pensée du législateur et qu'il n'aurait pas voté la loi quant aux personnes morales seulement, elle en aurait admis l'inconstitutionnalité. Les dispositions de cette loi cadrent bien avec toute une série d'autres lois votées dans les Etats du Sud, pour enlever aux noirs les libertés que la guerre de Sécession leur avait données : Interdiction d'épouser des personnes

158. *Toledo News paper Co v. U. S.* 247 U. S. 402 (1917); *Craig v. Hech* 263 U. S. 255 (1923).

159. Judicial Code, § 268.

160. Dissent de HOLMES, p. 422 du *Toledo Case* et p. 280 du *Craig Case*, 160bis. WILLOUGHBY A. § 1201.

161. *Berea College v. Kentucky* 211 U. S. 58.

162. Loi du 28 mai 1904; 1904 *Kentucky Acts* 9, 181.

de race blanche, « *segregation* », dans les transports en commun, à l'hôtel, dans les théâtres, dans les lieux publics; ici, c'est à l'école.

La voix du juge HARLAN s'éleva contre cette décision cruelle à son avis¹⁶³.

L'intention de la législature a été de considérer tous les articles de la loi dans leur ensemble; le but était d'interdire l'éducation d'élèves des deux races dans le même établissement, au même moment, que les maîtres représentent une personne physique ou morale. Ces dispositions constituent, à son avis, une partie essentielle d'un plan ou d'une politique législative et sont nulles. La loi tout entière doit tomber.

Le juge se livre à une discussion technique des points de droit, notamment de la distinction des personnes morales et des personnes physiques, puis après la défense, attaque, invoque l'Amendement XIV à la Constitution fédérale.

« ... Mon opinion est que dans ses dispositions essentielles, la loi constitue une atteinte arbitraire aux droits de liberté et de propriété garantis par le XIV^e Amendement. » Ces droits sacrés, il les justifie par une philosophie naturelle; il ne parle pas de contrat social, il va plus loin, et c'est dans l'existence de Dieu qu'il en voit la fondation.

« ... Le pouvoir d'enseigner nous a été donné par Dieu dans un but utile et ne peut être supprimé ou diminué par l'Etat, sans aucun doute, à moins que cet enseignement ne soit, par sa nature, nuisible pour les bonnes mœurs et dangereux pour l'ordre public. » Et ironie, il cite une affaire récente¹⁶⁴ dans laquelle la majorité de la Cour a considéré comme une atteinte à la liberté et à la propriété des employeurs l'interdiction que leur faisait le Congrès de renvoyer leurs employés, simplement parce qu'ils sont membres d'un syndicat ouvrier ! Pourquoi ne pas appliquer ici les mêmes prin-

163. P. 65.

164. *Adair v. U. S.* 208 U. S. 161 (1908).

cipes et donner la même solution ? On sait que cette application illogique de l'Amendement XIV est loin d'être l'exception.

Les conséquences de cette décision sont très graves. Le juge se demande pourquoi l'Etat de Kentucky ne défendrait pas aux enfants nègres et blancs de s'assembler dans la même église. On pourrait lui répondre que la liberté religieuse est inviolable aux Etats-Unis..., mais au même titre que la liberté d'enseignement... « La réponse à cette suggestion, écrit-il justement, est qu'aux yeux de la loi, le droit de jouir de ses croyances religieuses n'est ni plus sacré ni plus pleinement ou clairement reconnu que le droit de donner et de recevoir un enseignement sans danger pour l'Etat. La méconnaissance de ces deux droits constituerait un empiétement sur les libertés que nous apporte la loi fondamentale. »

De même si le point de vue de la Cour Suprême de Kentucky est légal, cet Etat pourrait, sans violer la Constitution des Etats-Unis, interdire la réunion dans la même école privée d'élèves des races anglo-saxonne et latine respectivement ou des élèves professant la religion chrétienne ou juive. Il fait appel, en terminant, à un idéal élevé de l'américanisme. La civilisation américaine doit être une civilisation de liberté sans préjugés de castes ou de classes ou de races. « .., Sommes-nous donc si inoculés de préjugés de race qu'un Gouvernement américain, reposant ouvertement sur des principes de liberté, et chargé de la protection de tous les citoyens sans exception, puisse établir des distinctions entre ces citoyens, quant à leur droit de se réunir volontairement pour des motifs légitimes, simplement pour des raisons de race ?... »

32. Enseignement des langues étrangères et monopole d'Etat. — Il est assez curieux de constater que le juge HOLMES participa à la décision de la majorité. Est-ce pour des raisons de technique juridique : la loi était constitutionnelle à l'égard des personnes morales et ses

dispositions concernant les individus pouvaient être dissociées ou rejetées ?

D'accord avec lui-même et sa méthode, dans sa haute conscience de juriste, il considéra, peut-être, que la législation de l'Etat, représentant la souveraineté populaire, avait le pouvoir de limiter la liberté d'enseignement dans cette mesure quelles que fussent ses opinions personnelles sur le sujet. Nous l'admettrons d'autant plus facilement que, dans deux affaires du même genre, toutes récentes, il se sépara de la Cour, qui, cette fois, modifiant cette jurisprudence, déclara *inconstitutionnelle*, une loi de l'Etat d'Iowa, une de l'Etat de Nebraska, interdisant l'enseignement des langues étrangères et une loi de Ohio, interdisant spécialement l'enseignement de l'allemand dans les classes élémentaires. Sa méthode d'interprétation *lui imposait*, en effet, de considérer la prohibition comme raisonnable ¹⁶⁵.

Il le dit d'ailleurs ¹⁶⁶. « ... C'est avec hésitation et sans enthousiasme que j'é mets une opinion contraire à celle de mes collègues quand il s'agit d'une loi comme celle-ci... L'enfance est l'époque où s'établit la connaissance intime d'une langue et s'il y a des régions dans l'Etat où un enfant n'entendrait parler chez lui que le polonais, le français ou l'allemand, je ne suis pas prêt à dire qu'il est déraisonnable de décider que pendant son jeune âge, il n'entendra et ne parlera que l'anglais à l'école... »

» J'estime donner tout leur poids aux objections contre la loi, mais elle me semble présenter un problème sur lequel l'opinion des hommes peut raisonnablement différer et c'est pourquoi je ne puis dire que la Constitution des Etats-Unis interdise l'essai de cette expérience... »

Il conserva ce point de vue quand la Cour déclara inconstitutionnelle une loi de Oregon établissant indirectement un monopole d'Etat de l'enseignement ¹⁶⁷.

165. *Bartels v. Iowa* 262 U. S. 404 (1922,; sauf pour l'interdiction spéciale de l'enseignement de l'allemand.

166. *Dissenting Opinions*, p. 25.

167. *Pierce v. Society of Sisters* 268 U. S. 510 (1920).

Ce double courant contraire de décisions ne saurait nous étonner. Il convient de remarquer que la protection ainsi accordée à la liberté d'enseignement ne se fonde pas spécialement sur la liberté de pensée, d'opinion, mais surtout sur la liberté économique et sur la garantie du droit de propriété que contient l'Amendement XIV.

§ 3. *La liberté de conscience.*

33. Loyalisme des candidats à la naturalisation. — Avec la liberté de parole et de la presse, c'était vraiment la liberté de pensée qu'on atteignait dans une de ses manifestations les plus naturelles. Sous une autre forme, la Cour Suprême n'a pas admis pour le citoyen américain une liberté de conscience complète. Elle a considéré la nationalité américaine incompatible avec un pacifisme sans restriction ni réserve.

La loi sur la naturalisation de 1906¹⁶⁸ — entre autres conditions — exige des candidats citoyens qu'ils prêtent serment de défendre la Constitution et les lois des États-Unis contre tous leurs ennemis. Elle décide que le candidat doit montrer son attachement aux principes de la Constitution. Le Département des Naturalisations vérifie cette affection en lui soumettant par ses agents¹⁶⁹ un questionnaire. La question n° 22 est ainsi conçue : « Si nécessaire, consentez-vous à prendre les armes pour la défense de ce pays. » Une femme de cinquante ans qui demandait sa naturalisation refusa de s'engager « à prendre les armes » pour son pays, tout en acceptant intégralement les autres obligations¹⁷⁰.

168. Plusieurs fois modifiées, en particulier en 1926 et 1929. V. texte complet in FLOURNOY et HUDECN A, p. 580 pour les lois plus anciennes p. 573; et une analyse in *Rép. NIBOYET*, v° *Nationalité*, p. 640.

169. La naturalisation est prononcée par une décision de justice; mais le juge peut confier l'instruction de la demande à un fonctionnaire du Département des naturalisations (Sect. 4, art. 14), dont il entérine le plus souvent l'avis, sauf réclamation de l'intéressé. WILLOUGHBY A. § 200-01.

170. U. S. v. *Rosika Schwimmer* 279 U. S. 644 (1928); commenté in 7 N. Y. U. L. Q. 156 (1929); 28 Mich. L. R. 445 (1930); 23 A. J. I. L. 626, 652; et H. B. HAZARD I; *Jennings* 152 I; *Outlook* 250; *Christian Century*, 17 juin 1931, 20 janvier 1932.

La Cour, dans sa majorité, estima qu'un tel exemple était dangereux pour la sûreté de l'Etat et que ce manque d'attachement aux principes de la Constitution ne permettait pas de lui accorder la naturalisation. Il y a là toute une recherche d'intentions et de résultats qui ne paraît pas appartenir au domaine de la Cour.

Aussi, M. le juge STANFORD n'attache aucune influence au refus de Rosika Schwimmer, puisque aussi bien les femmes sont considérées comme incapables de porter les armes ¹⁷¹. M. HOLMES, parlant au nom de M. BRANDEIS, fit entrevoir les conséquences inadmissibles d'un tel jugement. Un Américain ne peut donc être objecteur de conscience, et les Quakers ? Cette décision pouvait être le point de départ de restrictions inconcevables. « .. Sûrement, penser que la Constitution peut être améliorée ne démontre pas un manque d'attachement pour ses principes. Je suppose que la plupart des gens intelligents pensent qu'elle pourrait l'être. L'amélioration particulière que miss Schwimmer propose tendant à la suppression des guerres ne me paraît pas substantiellement différente du désir d'établir un Gouvernement parlementaire comme en Angleterre... Pour toucher un sujet plus brûlant, seul un juge, fanatiquement sectaire, déciderait l'exclusion si le candidat pensait que l'Amendement XVIII dût être rejeté... »

L'analyse est très fine et très raisonnable. Le juge combat ici une certaine tendance de l'esprit américain, exigeant au moins publiquement, des membres de la communauté, un conformisme étroit, desséchant. Il existe une tendance à la normalisation des citoyens comme à celle des pièces détachées d'automobiles.

Rosika Schwimmer présentait les meilleures garanties sous tous autres rapports. Le génie américain n'est-il pas plus varié, et Emerson n'aurait-il pas sa place à côté d'Henry Ford ? Ne peut-on montrer un profond attachement à la Constitution en exaltant justement le principe

171. C'est le motif de l'arrêt de la Cour d'appel de Circuit qui, accueillant la demande de Mme Schwimmer, avait accordé la naturalisation.

de la liberté de conscience ? M. le juge HOLMES l'affirme : « ... Mais s'il y a un principe de la Constitution qui demande plus impérativement l'attachement qu'aucun autre, c'est le principe de la liberté de pensée — non point la liberté de pensée pour ceux qui sont d'accord avec nous — mais liberté pour la pensée que nous haïssons...

» ... Je voudrais suggérer que les Quakers ont eu leur part dans la formation de ce pays; que beaucoup de citoyens approuvent la croyance de la demanderesse et que je n'avais pas supposé, jusqu'à présent, que nous regrettions notre impuissance à les chasser parce qu'ils croient plus que certains d'entre nous à l'enseignement du Sermon sur la Montagne ¹⁷². »

En 1931, la Cour a maintenu cette jurisprudence, mais le nombre des « dissenters » a augmenté ¹⁷³.

Professeur de théologie à l'Université de Yale, M. Mackintosh avait eu une conduite brillante pendant la guerre; il acceptait de prêter le serment d'allégeance envers les Etats-Unis, tout en se refusant à porter les armes dans une guerre future qu'il estimerait moralement injustifiée, non qu'il fût pacifiste, mais chrétien ¹⁷⁴.

La minorité a estimé que la loi de naturalisation n'implique pas la nécessité de promettre de porter les armes sans restrictions. La loi ne mentionne pas cette condition. Les « dissenters » invoquent, de plus, la politique du Congrès qui a reconnu les scrupules religieux ou de conscience. Il faudrait donc une disposition positive de la loi pour que l'Administration puisse, dans ce cas, refu-

172. *Dissenting Opinions*, p. 57; la première constitution des Etats-Unis reconnaissait l'objection de conscience: elle est admise par de nombreux Etats et par le Congrès: 39 *St. 197*, § 59 (1916). 40 *St. 76* (1917).

173. *New Republic*, 9 juillet 1931, p. 190.

174. *U. S. v. Mackintosh* 283 *U. S.* 605 (1931); commenté in 26 *Ill. L. R.* 375 (1931); 40 *Y. L. J.* 653 (1931) et *U. S. v. Bland* 283 *U. S.* 636 (1931); Miss Bland, fille d'un pasteur, infirmière pendant la guerre, refuse de prêter le serment d'allégeance avec l'interprétation que lui donne l'administration; commenté in 30 *Mich. L. R.* 133, 135 (1931); 10 *Oregon L. R.* 375 (1931); la Cour suprême va sans avoir à se prononcer sur une nouvelle affaire *E. In re Beale v. I'. Supp.* 899 (1933) décision du Tribunal de District du Minnesota refusant la naturalisation d'un candidat prêt à détendre les Etats-Unis mais « comme l'exige le Pacte de Paris ».

ser la naturalisation. La garantie du système américain demeure incertaine ¹⁷⁵ : l'Administration soumet au candidat citoyen toute une série de questions. La plupart d'entre eux donnent exactement les réponses qu'on attend d'eux sans y attacher d'importance. Ceux qui présentent quelques objections sont certainement parmi les meilleurs et les plus consciencieux. Ils hésitent à donner une réponse de pure forme. On leur refuse alors la nationalité américaine. D'ailleurs, les restrictions de miss Bland ^{174 bis} et de M. Mackintosh — et ils le reconnaissent — ne pouvaient nullement empêcher le Congrès de voter des lois de conscription, et de les obliger à leur obéir, comme les autres citoyens, sous peine de sanctions sévères. La Cour n'a pas envisagé cet aspect du problème. Il affaiblit la doctrine de ces arrêts qui présente surtout un exposé de ce que devrait être la politique de naturalisation du Congrès.

174 bis V. note 174.

175. Quant au système français, on sait qu'il consacre une procédure purement *administrative*; le contrôle du juge ne peut s'exercer sur l'opportunité d'une décision de rejet qui n'a pas à être motivée (C. E. 22 juillet 1922, BONNET, *Leb.* 647) ce qui rend inopérant un contrôle possible de la légalité du rejet. L'*enquête* prévue par l'article 6, al. 2 de la loi du 10 août 1927 n'est pas qualifiée par le texte; ce sont les circulaires ministérielles qui précisent son caractère; V. *Rép. Niboyet*, V^o *Nationalité*, nos 407, 409; cependant C. E., 23 juin 1916, *Nguyen van Niah*.

Section II. — Contrôle social des libertés individuelles ^{175 bis}.

§ 1. *Moralité publique et privée.*

34. **La protection des mœurs.** — La minorité libérale de la Cour ne confond pas libertés et licences. Il est curieux de constater que la majorité de la Cour ne défendit pas toujours avec autant de vigueur l'ordre et la moralité publique ¹⁷⁶. Une loi votée par le Congrès, le 20 février 1907, prohibait l'introduction d'une femme étrangère aux Etats-Unis dans un but immoral. Pour éviter une recherche d'intention très délicate, la loi décidait qu'une étrangère se livrant à la prostitution dans les trois années de son arrivée aux Etats-Unis serait présumée être venue dans ce but et déportée : ceux qui avaient facilité son voyage ou l'avaient abritée pendant ce délai se rendaient coupables d'un délit correctionnel (*felony*). Toutes ces dispositions n'étaient qu'incidentes, et nécessaires à l'efficacité de la loi. A quoi bon déporter une prostituée étrangère si l'impunité était assurée à ceux qui permettaient son commerce ? Mais si le Congrès est maître de réglementer l'entrée et la sortie des étrangers, s'il peut même, en vertu de ce pouvoir, non seulement arrêter les prostituées au moment où elles veulent débarquer sur le sol américain, mais encore conserver son contrôle sur elles pendant un temps assez long (ici, trois ans) pour permettre de vérifier si l'on a affaire ou non à une prostituée, la Cour Suprême n'admet pas une seconde extension de ce pouvoir : condamnation des citoyens qui les ont abritées. Ce serait empiéter sur les droits de police des Etats particuliers.

175bis. Il est assez poussé aux Etats-Unis où l'on admet à côté de la castration obligatoire, la stérilisation des *minus habens*; WILLOUGHBY A, § 1198-99; A. E. BIEFELD : « *Sterilisation of mentally Defectives* » III. L. R., mai 1933.

176. *Keller v. U. S.*, 213 U. S. 139; WILLOUGHBY A, § 451, 485.

Analyse inexacte, le contrôle effectif du Congrès exige aussi bien la première que la seconde extension. L'opinion de la majorité repose sur une interprétation rigide et scolastique des règles constitutionnelles. M. le juge BREWER estimait qu'accepter la loi, c'était détruire la Constitution. « ... Nous serions mis en face d'un changement dans les conditions internes de ce pays tel qu'il n'a jamais pu être rêvé par les rédacteurs de la Constitution. »

M. HOLMES émit une opinion contraire, qu'approuvèrent les juges HARLAN et MOODY. Il justifie juridiquement les présomptions établies par la loi et rappelle la Cour au respect de sa jurisprudence.

« ... Si le Congrès peut interdire l'entrée et ordonner la déportation des prostituées professionnelles, il peut punir ceux qui permettent leur entrée frauduleuse. Si le Congrès peut exclure tels ouvriers... il a le pouvoir de punir quiconque aide à leur introduction ¹⁷⁷. »

La Cour refusait, encore une fois, d'ouvrir les yeux sur la réalité actuelle et de juger en fonction du présent et non du passé. Refus qui, au fond, ne tenait guère. M. le juge BREWER, au nom de la majorité, repoussait la loi, de crainte de voir le Congrès légiférer sur des matières de police réservées aux Etats. Mais la Cour n'avait-elle pas considéré cette législation sociale du Congrès incidente aux pouvoirs généraux que lui confère la Constitution (Art. I, Section 8, § 3) de réglementer le commerce entre les Etats ? N'allait-elle pas, un peu plus tard, admettre la constitutionnalité du « *White Slave Act* » du 25 juin 1910, interdisant, sous des peines sévères, la transportation entre Etats de femmes ou de filles pour les livrer à la prostitution, à la débauche ou à toutes autres actions (*purposes*) immorales ? Le jugement faisait observer alors que les Etats-Unis ne forment qu'un « seul peuple » et que les pouvoirs des Etats particuliers comme ceux de l'Etat fédéral devaient être tous mis au

177. *Lees v. U. S.* 150 U. S. 476, 480.

service du bien-être général, matériel et moral¹⁷⁸.

Cette loi de 1910 nous intéresse ici à un autre titre. Son application fut si abusive qu'elle constitua, dans cette mesure, une entrave à la liberté individuelle et une intervention maladroite dans la vie privée. La Cour admit qu'elle s'appliquait non seulement au vice commercialisé, mais encore à toute relations naturelle, à tout concubinage, à la seule condition que les coupables aient passé d'un Etat dans un autre (Interstate commerce). Dans l'interprétation extensive de la Cour, ce n'était donc pas l'immoralité systématique et mercenaire qu'avait visée le Congrès, mais encore l'immoralité simple¹⁷⁹.

Le Chief-Justice, les Juges Mc KENNA et CLARKE se séparèrent de leurs collègues qui, à leur avis, déformaient le sens de la loi et surtout créaient une source de dangers graves. Comme l'écrivait le Juge CLARKE, « des maîtres-chanteurs des deux sexes ont apparu, utilisant les menaces de l'interprétation, que cette Cour sanctionne aujourd'hui, comme une aide, que dis-je, comme le moyen même de leurs brigandages ».

§ 2. Recherche des infractions et des crimes.

35. Les limites de l'enquête de police. — L'activité illégitime de la police constitue une menace dangereuse pour les libertés individuelles des citoyens.

Les abus les plus grossiers peuvent être corrigés par les lois. Souvent, il est difficile de les atteindre ; les brimades et les violences restent impunies. Leur sanction et surtout leur disparition dépend des chefs, de la discipline qu'ils imposent à leurs subordonnés, de l'état d'esprit dont ils les imprègnent. La sécurité publique exige, d'autre part, une prompte et énergique répression. La balance de ces deux intérêts divergents est délicate à établir et les cours de justice hésitent à désarmer

178. 227 U. S. 322. *Hoke v. U. S.*

179. 242 U. S. 470.

la police. « On ne fait pas la police avec des archevêques », a-t-on affirmé à la tribune du Parlement français.

Les spécialistes reconnaissent cependant que l'aide la plus efficace des enquêtes criminelles, c'est la bonne volonté du public. Comment peut-on espérer l'obtenir si la police est crainte pour ses méthodes injustes et arbitraires ?

Pour obtenir les aveux de personnes qu'elle soupçonne, elle n'hésite pas, dans certains cas — et ce privilège appartient à tous les pays¹⁸⁰ — à leur appliquer une moderne question, le « third degree » aux Etats-Unis. Les tribunaux américains ont refusé de sanctionner cette pratique et la Cour Suprême, par la voix du Juge BRANDEIS, a décidé que ces aveux n'étaient pas spontanés ; l'accusation ne peut les utiliser conformément au V^e Amendement de la Constitution¹⁸¹.

Parmi les procédés d'enquête, la police utilise fréquemment et avec raison celui qui permet de surprendre le criminel ou le délinquant sur le fait. Les inspecteurs de police deviennent complices ou victimes pour mieux confondre le coupable.

La méthode peut évoluer ; il arrive que l'on incite quelqu'un à commettre une infraction pour mieux le poursuivre. Le policier devient, en somme, auteur principal, et celui qu'il veut atteindre n'est plus que son complice. La Cour Suprême n'a pas voulu distinguer ces deux aspects (par 5 voix contre 4)¹⁸².

Le juge HOLMES, porte-parole de la Cour, estima que ce point particulier n'avait pas fait l'objet de conclusions spéciales du prévenu et que, par ailleurs, ce dernier n'avait fait aucune difficulté pour accomplir le délit qu'on lui reprochait¹⁸³.

180. Sauf peut-être en Angleterre; pour les Etats-Unis, V. rapport Wickersham, n° 11 (1931); P. G. KAUPERT, *Judicial Examination of the Accused*. — *A Remedy for Third Degree* 30 Mich. L. R. 1224 (1931); 43 H. L. R. 617; CORWIN V. p. 201.

181. *Wan v. U. S.* 266 U. S. 1 (1924).

182. *Casey v. U. S.* 276 U. S. 413 (1928); 44 H. L. R. 109.

183. *Casey v. U. S.* p. 418.

Le gardien d'une prison de l'Etat de Washington avait remarqué qu'à la suite de visites de leur avocat, CASEY, certains détenus prévenus d'usage de stupéfiants paraissaient se trouver sous l'influence de drogues. Il fit part de ce soupçon aux agents fédéraux du service des stupéfiants. Ceux-ci organisent un traquenard. On fait appeler l'avocat par deux prisonniers volontaires. Au cours de leur entretien, ceux-ci le prient de leur procurer de la morphine, par l'intermédiaire d'un troisième comparse, indiqué par la police. Ce comparse remet la morphine aux agents fédéraux en déclarant qu'il l'a reçu de Casey. Casey est alors jugé et condamné.

Dans son dissent ¹⁸⁴, BRANDEIS remarque que Casey a toujours nié les faits et que tous les témoins étaient du complot policier, qu'une perquisition faite à son domicile n'a permis de découvrir aucune trace de drogue. Il ajoute que Casey n'était pas connu comme trafiquant de stupéfiants.

Les circonstances font apparaître la gravité du plan conçu par les agents fédéraux. Il ne s'agit pas d'un simple piège, mais d'une véritable conspiration criminelle dont le but a été la commission d'un crime. La personnalité de Casey disparaît ; la protection même du gouvernement exige que la prévention obtenue par de tels moyens soit rejetée par la Cour.

Le principe invoqué par le Juge BRANDEIS est pourtant reconnu par la Cour. L'affaire Casey n'a mis en jeu que son application particulière. Il est possible que l'appréciation des faits a dépendu de l'importance donnée, par chaque juge, à la répression pénale ou à la moralité des agents du gouvernement.

36. Saisies légales et illégales. — La liberté individuelle est plus directement atteinte par l'interprétation donnée par la Cour Suprême à l'Amendement IV qui

¹⁸⁴. p. 421. Cf. un certain revirement *Sorells v. U. S.* 287 U. S. 435 (1932). 86 A. L. R. 249; Opinion de la Cour par CE HUGUES, et opinion séparée de ROBERTS approuvée par STONE et BRANDEIS.

interdit les perquisitions ou saisies sans mandat de justice ¹⁸⁵.

L'interprétation de l'amendement a, d'ailleurs, varié à différentes reprises ; on a restreint plus ou moins ses conditions d'application ¹⁸⁶.

Dans *Olmstead v. United-States* ¹⁸⁷, la Cour s'est prononcée sur la définition même de l'expression « *Search and seizures* ». Elle a décidé que l'interception de communications téléphoniques au moyen de tables d'écoutes ne constitue ni une perquisition, ni une saisie. L'argument historique est invoqué : l'Amendement IV ne s'applique qu'aux abus qui pouvaient être prévus par ses auteurs. Le Juge BRANDEIS en fait justice en rappelant la jurisprudence de la Cour depuis MARSHALL. « Une constitution n'est pas un acte éphémère conçu pour faire face à des événements transitoires ¹⁸⁸. » De plus, l'interception ne présente pas le caractère d'une perquisition ; il n'y a pas d'intrusion (*trespass*) ; seul, le sens de l'ouïe est utilisé. L'amendement ne s'applique qu'aux *actions tangibles*. Les dissidents répondent que l'amendement s'applique à toute intrusion illégale, la Cour l'a décidé plus d'une fois. Il y a eu une véritable intervention illicite : la communication téléphonique possède un caractère privé, au

185. Combiné avec l'Amendement V qui interdit la *Self-incrimination*; BURDICK, § 141; *Boyd v. U. S.* 116 U. S. 616 (1886); *Weeks v. U. S.* 232 U. S. 383 (1914) *adde* 31 Y. L. J. 518; 36 Y. L. J. 536; 37 Y. L. J. 27; 34 H. L. R. 361; 35 H. L. R. 694; 41 H. L. R. 258; CORWIN V; WILLOUGHBY A. § 711 12, 717, 720.

186. *Adams v. N. Y.* 192 U. S. 585 (1904); *Burdeau v. Mc Dowell* 256 U. S. 465 (1921) où la Cour autorise le ministère public à produire en justice des papiers volés pour servir de charges contre leur propriétaire; l'action se greffa sur une demande judiciaire de celui ci, en restitution des papiers ; la demande fut rejetée. Dissent de HOLMES et BRANDEIS qui déclara p. 476 : « Au cœur de notre liberté civile se trouve le principe qui refuse aux agents du gouvernement une situation exceptionnelle devant la loi et qui les soumet aux mêmes règles de conduite qui sont impératives pour le citoyen, et, dans le développement de notre liberté, l'exigence de la régularité des procédures a été un puissant facteur. Le respect de la loi ne sera pas augmenté par le recours — dans son application, aux moyens qui révoltent le sens des convenances et de la justice de l'homme moyen. »

187. 277 U. S. 438 (1927); notes in 38 Y. L. J. 77 (1928); 26 Mich L. R. 313 ; 27 Mich L. R. 78.

188. Dissent de BRANDEIS, p. 473.

même titre que la correspondance postale. L'arrêt viole ce droit essentiel du citoyen américain : le droit d'être laissé tranquille, de ne pas être livré à la surveillance permanente, non motivée ni contrôlée par l'intervention d'un ordre de justice, des autorités de police¹⁸⁹. Ce sont ces abus mêmes que l'Amendement entendait supprimer. La Compagnie des Téléphones, représentée à l'instance comme *amicus curiæ*, avait insisté sur ces dangers, en montrant que les usagers du téléphone ne pourraient conserver leur confiance ni leur sécurité contre les indiscretions, si la police obtenait de tels pouvoirs.

L'interception des communications téléphoniques est un délit d'après la loi de l'Etat de Washington (et celle de plus de vingt-cinq Etats de l'Union). Les agents du gouvernement sont autorisés par la Cour à commettre ce délit. N'est-ce pas là un exemple démoralisant ? La loi doit être scrupuleusement observée par l'administration comme par les citoyens. Toute autre doctrine fait naître le mépris des lois. Même en matière pénale, la fin ne saurait justifier les moyens.

Le gouvernement ne contestait pas que ces moyens, employés par la police administrative, soient défendus par les règlements aux officiers de police judiciaire.

Cette affaire illustre le conflit que suscite toute politique criminelle : découverte des coupables et respect de la vie privée des citoyens. L'interdiction complète de ces procédés perfectionnés d'enquête, sous prétexte que l'acte est un délit pour les particuliers, semble exagérée¹⁹⁰.

Le contrôle de leur emploi apparaît justement nécessaire et l'application de l'Amendement IV fondée. Mais la Cour a rejeté ici le contrôle possible. Les décisions futures rétabliront, sans doute, les nuances¹⁹¹.

189. P. 478; M. BRANDEIS fait intervenir le principe de l'équité qui interdit d'accorder réparation à celui que ne se présente pas devant le juge la conscience pure (p. 483).

190. Au même moment l'interception de messages téléphoniques avait permis à la police d'arrêter cinq bandits qui avaient attaqué le train transcontinental *Grand Trunk* aux environs de Chicago.

191. Cf. deux décisions récentes *States v. Leskowilz* 285 U. S. 452 (1932). (En vertu d'un mandat d'arrêt la police se présente au bureau de L. pour

§ 3. Garanties de la procédure pénale.

37. Inconstitutionnalité du lynchage légal. — Elles jouent sans difficulté quand il s'agit des Cours fédérales qui sont liées par la Constitution et ses Amendements ^{191 bis}.

Le contrôle de la procédure des Etats particuliers, grâce à l'Amendement XIV, n'a pas toujours été reconnu par la Cour. Il se bornait à l'examen de la compétence, à l'existence de *la notice* et de *l'hearing* (assignation motivée, comparution personnelle et audition ¹⁹²). Pour le reste, chaque Etat restait souverain.

Ces principes ont été appliqués avec toutes leurs conséquences dans le *Leo Frank Case* ¹⁹³. La Cour refuse d'envisager les circonstances de fait dans lesquelles un procès criminel s'est déroulé. Elle justifie l'absence de l'accusé et de son conseil au moment du verdict par leur acceptation ; et elle constate que les autres formes de procédure ont été respectées.

l'arrêter : elle en profite pour perquisitionner sans mandat : perquisition illégale); *Taylor v. U. S.* 286 *U. S.* 1 (1932) (l'odeur de whisky, sortant d'un garage attire deux agents de la prohibition; ils entrent, fouillent et saisissent la liqueur : saisie illégale); cf. *SHARP I*, p. 805-06; *V. 46 H. L. R.* 1307; cf. *Sgro v. U. S.* 287 *U. S.* 206 (1932) 85 *A. R. L.* 699 (obs.)

^{191 bis.} *V.* cependant les décisions de la Cour in *Kepner v. U. S.* 195 *U. S.* 100 (1904) et les dissents des juges BRANDEIS, HUGHES, LURTON, LAMAR in *Hyde v. United States* 225 *U. S.* 347 et 392 (1912); cf. *U. S. v. Moreland* 258 *U. S.* 433 (1922) la Cour affirme le caractère infamant, donc inconstitutionnel d'une peine édictée par le Congrès les dissidents BRANDEIS, HOLMES et TAFT, invoquent la coutume et l'usage des Etats pour soutenir l'opinion contraire; *adde* la définition que la Cour donne du châtiment « cruel et inusité » in *Weems v. U. S.* 217 *U. S.* 349 (1910) et l'opinion contraire des juges WHITE et HOLMES dans la même affaire; ces deux dernières décisions montrent bien que les dissidents apprécient justement les nécessités de la répression pénale; tout récemment la Cour suprême a eu l'occasion d'exercer son contrôle sur la régularité de l'instruction devant les Cours fédérales *Quercia v. U. S.* 53 *Sup. Ct.* 698 (1933), 19 *A. B. A. J.* 461 : arrêt d'une cour fédérale cassé parce que le président, résumant l'affaire pour le jury, avait fait remarquer que l'accusé s'était essuyé les mains pendant sa déposition, et avait affirmé solennellement que c'était là un signe indubitable de mensonge. Le président avait cependant ajouté que son opinion ne s'imposait pas aux jurés, seuls chargés de se prononcer sur la culpabilité.

^{192.} BURDICK, § 247, p. 529; GALLAND A, p. 49; WILLOUGHBY, ch. 92, § 1122-23.

^{193.} *Frank v. Mangum* 237 *U. S.* 309 (1915); WILLOUGHBY § 1127, p. 1715,

Mais HOLMES, approuvé par HUGUES, n'est pas satisfait par cet examen superficiel. Les procès-verbaux montrent que le procès a eu lieu au milieu d'une hostilité passionnée. Le chef de la police, le commandant de la place, confèrent avec le président de la Cour devant le jury, qui les reconnaît. L'audience est suspendue le samedi par crainte d'un danger. Le lundi, l'arrivée du ministère public est saluée par une longue ovation. Le juge demande à l'accusé et à son conseil de se retirer pour éviter des manifestations de violence¹⁹⁴... Il ne suffit pas que les règles techniques du droit aient été respectées en apparence.

Pour les deux juges, le pouvoir de la Cour Suprême de vérifier ces faits et d'accorder, s'ils sont établis, un writ d'*habeas corpus*, est indéniable, sinon la protection constitutionnelle serait absolument inefficace et stérile. « La loi de la populace ne se mue pas en *due process* parce qu'un jury terrorisé l'a approuvée. » Le *due process* exige un procès juste¹⁹⁵.

La jurisprudence de la Cour se fixa dans le sens du dissent.

En 1923, dans une affaire semblable, c'est O.-W. HOLMES qui exprime l'opinion de la Cour : « Si le procès tout entier n'est qu'un masque, si l'avocat, le jury et le juge ont été emportés vers une décision fatale par une vague irrésistible de passion populaire et si les Cours des Etats n'ont pas redressé ce tort..., la Cour fera droit à la demande... »¹⁹⁶.

En 1932, l'évolution se précise ; la protection est plus large ; dans l'affaire des nègres de *Scottsboro*, la Cour décide que le *due process* exige que la défense d'un accusé soit efficacement assurée dans un procès criminel¹⁹⁷, même si les débats se sont déroulés normalement selon les apparences.

194. D. O., p. 59.

195. D. O., p. 63.

196. *Dempsey v. Moore* 261 U. S. 86 (1923); WILLOUGHBY A., p. 1716-17 ; 37 H. L. R. 247 ; 33 Y. L. J. 82.

197. Arrêt du 7 nov. 1932 ; 31 Mich. L. R. 245 ; *Powell v. Alabama* 287 U. S. 45 (1932) ; F. FRANKFURTER, N. Y. Times, 13 nov. sect. III ; R. E. IRETON I ; O. M. BOWMAN I.

38. Primauté des libertés individuelles. Nous n'avons pas compté parmi les libertés individuelles la liberté économique et le droit de propriété. Trop souvent, on les a réunis. Pourtant, seule, la protection intégrale des premières satisfait la dignité humaine et les préoccupations de démocratie politique.

La protection que la Cour Suprême leur accorde est presque exactement en raison inverse de celle dont elle fait bénéficier les secondes. Au moment où la Cour annule une loi de Minnesota, qui porte atteinte à la liberté de la presse et protège les libertés civiques des nègres, elle renverse sa jurisprudence sur la tarification des prix ¹⁹⁸.

La liberté économique n'est plus aujourd'hui une liberté individuelle. Elle dépend de groupes, de syndicats, d'organisations puissantes. Le choix n'est plus guère entre la liberté de chacun et l'intervention de l'Etat, mais entre cette intervention et celle des institutions privées qui possèdent la maîtrise de la vie économique. En période critique, ces institutions mêmes exigent cette intervention de l'Etat.

Il en est de même pour le droit de propriété qui, tout particulièrement aux Etats-Unis, est l'expression juridique totale de la liberté économique. Sa vraie nature et son rôle se dégagent peu à peu ; il se transforme en fonction sociale ¹⁹⁹.

La jurisprudence de la Cour Suprême ne présente aucune contradiction quand elle enregistre ces deux courants. Sa doctrine présente sur les libertés individuelles a été tracée par les dissents anciens. Elle modifie les valeurs traditionnelles et donne le pas au spirituel

198. *Near v. Minnesota*; *Nixon v. Condon* 286 U. S. 73 (1932); 22 A. P. S. R. 90; 32 Col. L. R. 1069 (1932); 27 Ill. L. R. 686 (1933). Il s'agit d'une loi de Texas permettant d'écarter les noirs des partis politiques. De nouvelles mesures discriminatoires ont d'ailleurs été prises par cet Etat ; 46 H. L. R. 812 (1933).; *O'German v. Young* 282 U. S. 251 (1931); SHULMAN I.

198bis. Cf. l'opinion du prof. W. OUALID sur l'action du président Roosevelt in *Le Capital* du 25 juillet 1933 ; cf. ANDRÉ MAUROIS, *Chantiers Américains* (conclusion), Paris, Gallimard, 1933.

199. LAIDLER A; W. H. HAMILTON V; J. BONN A.

sur le temporel. Le *Near Case* a été salué comme un signal géodésique.

En matière économique, l'influence directe des dissents est plus lente à se faire sentir, plus sporadique. Le conflit des politiques est plus accusé et les conceptions différentes se heurtent avec violence,

CHAPITRE III

LES LIBERTES ECONOMIQUES

39. Relativité et déclin de la protection judiciaire.

— Les libertés économiques ont trouvé dans l'interprétation judiciaire de la Constitution leur charte fondamentale : liberté, égalité, propriété. Ce sont les trois obstacles juridiques à la réglementation. Mais la force obligatoire des décisions de justice se trouve soumise à une dangereuse épreuve. L'autorité du cas jugé subsiste. Il inflige une défaite partielle et particulière aux administrateurs de la loi invalidée. Il n'oppose qu'une digue insuffisante aux exigences de l'opinion publique, à la propagande des syndicats et des associations, aux nécessités de l'économie. Des lois toutes pareilles continuent à être votées par l'Etat même qui a subi l'échec, par les autres Etats ²⁰⁰. Souvent un nouveau conflit n'est plus soulevé devant la Cour suprême ; s'il l'est, il arrive que la Cour oublie, dans le silence ou grâce à l'analyse et aux distinctions, le jugement du passé. L'influence des dissents s'exerce d'abord sur l'opinion et les législateurs avant d'atteindre les juges.

Nous sommes vraisemblablement au déclin de la protection judiciaire de la liberté économique. L'alternance des cycles économiques a ramené les Etats-Unis dans une période d'échanges très diminués. Le mécanisme est enrayé. On évoque moins le « *Plan américain* », l'âpre individualisme. Les chefs de l'industrie et des banques ont été les premiers à solliciter l'aide de l'Etat. La population réduite au chômage devra être secourue par lui ;

la philanthropie privée ne peut plus assurer cette tâche immense. De tous côtés, on propose des plans d'action concertée ²⁰¹. Qu'on ait recours à une action d'*Emergency*, que les solutions de la technocratie triomphent, que le simple interventionnisme empirique prévale, une sorte d'organisation sociale de l'économie se crée peu à peu. Les décisions judiciaires ne pourront s'y opposer ²⁰².

La législation et les conflits du travail (section I), l'intervention de l'Etat dans la production des richesses (section II) nous fourniront de nombreux exemples de la portée et du rôle des dissents.

201. R. G. TUGWELL, *The Principle of Planning and the Institution of Laisser Faire*, 22 *Am. E. C. R.* supplément p. 75 (1932).

Cf. H. DE MAN, *Réflexions sur l'économie dirigée*.

202. CORWIN IV; un premier « plan », celui du Président Roosevelt est aujourd'hui dans la voie difficile de l'application.

Section I. — La législation et les conflits du travail.

Il appartient en principe aux Etats particuliers de l'Union (§ 1) d'établir une législation conforme aux intérêts et aux besoins de la collectivité. La souveraineté de leur pouvoir de police n'est pas absolue. Nous n'avons pas à considérer ici les limites de cette souveraineté à l'intérieur même des Etats de l'Union, telle qu'elle résulte de leurs constitutions particulières et de l'interprétation qu'en ont donnée leurs tribunaux. Mais nous savons que la Constitution fédérale limite ce pouvoir de police ; elle confère au Congrès certains de ses éléments (art. I, section VIII), et surtout le pouvoir de police retenu par chaque Etat de l'Union est restreint par l'Amendement XIV ; son exercice est soumis au contrôle des tribunaux fédéraux et en dernière analyse de la Cour suprême.

L'intervention du Congrès (§ 2), quand elle est possible, est soumise au contrôle de la Cour suprême. Deux questions se posent alors : le Congrès a-t-il le pouvoir d'intervenir ? Est-ce que ce pouvoir a été exercé en respectant les droits légitimes de liberté et de propriété des citoyens (Amendement V) ? L'importance des lois du Congrès est considérable. Elles s'appliquent à tous les Etats de l'Union et réalisent une des conditions essentielles de l'efficacité de la législation du travail : sa généralisation.

Enfin, la Cour a marqué son opposition aux réformes de façon positive, en appliquant, avec sévérité, les lois contre les trusts aux coalitions ouvrières.

§ 1. — *Législation des Etats.*

40. I. **Réglementation du contrat de travail.** — La réglementation du contrat de travail : heures (A), salai-

res (B), droit syndical (C), reste fortement limitée, même aujourd'hui, par les décisions judiciaires.

La doctrine de la non-intervention de l'Etat a été considérée par la Cour suprême comme étant, en principe, la doctrine de la Constitution (Amendement XIV). La liberté économique des hommes est sacrée, plus sacrée que leur liberté de pensée et de parole, puisque nous avons vu que la Cour a admis la limitation de celles-ci dans une large mesure.

A. C'est ainsi qu'une loi de New-York de 1901 fut déclarée inconstitutionnelle : elle limitait à dix heures le travail des ouvriers dans les boulangeries. Cette loi, estimait la majorité, ne respecte pas la liberté de contracter des patrons et ouvriers boulangers ²⁰³.

D'autre part, c'est là une « législation de classe inadmissible ». Décision étonnante qui ne devait plus avoir de lendemain. En réalité, c'est l'opinion dissidente de M. HOLMES qui détermina la jurisprudence future. Elle est classique :

« ... La décision, déclara-t-il, repose sur une théorie économique qu'une large partie du pays n'adopte pas... La liberté du citoyen de faire ce qu'il veut... est limitée par les lois scolaires, par les lois sur la poste, par toute administration municipale ou nationale qui lui prend son argent pour l'employer à ses dépenses considérées comme désirables, qu'il le veuille ou non. Le XIV^e Amendement n'établit pas les « Forces sociales » de H. Spencer. » Quelques années plus tard (*Muller v. Oregon* 208, U. S. 413.1908), la Cour suprême admettait la validité d'une loi de l'Etat d'Oregon limitant à dix heures le travail des femmes dans l'industrie. Cette décision permet de constater l'évolution de la Cour. Elle ne se contente plus d'une égalité juridique purement formelle et d'une liberté de contracter aussi irréaliste que légalement intangible. Elle va au fond des choses et constate qu'en réalité des différences économiques et sociales annulent toute

203. *Lochner v. N. Y.* 198 U. S. 65 (1904);

liberté dans le contrat de travail, que de plus des différences physiologiques justifient ici une classification.

La Cour ira plus loin encore (*Bunting v. Oregon* 243, U. S. 246.1917) et déclarera constitutionnelle une loi d'Oregon limitant à dix heures par jour le travail des ouvriers dans l'industrie. Dans ces deux dernières espèces, la Cour se rallie donc à l'opinion exprimée dans le *Lochner Case* par M. le juge HOLMES :

« ... Toute opinion tend à devenir une loi. J'estime que le mot « Liberté », dans l'Amendement XIV, est détourné de son vrai sens quand on considère qu'il empêche le résultat naturel d'une opinion dominante, à moins qu'on puisse dire qu'un homme raisonnable et juste admettrait nécessairement que la loi proposée viole des principes fondamentaux tels qu'on les a compris dans la tradition de notre peuple et de notre droit. » Il faut ajouter aussi que ces heureux effets furent obtenus grâce aux conclusions (*briefs*) des avocats dans les deux affaires.

Ils présentèrent à la Cour une étude substantielle et approfondie de législation comparée ; ils examinèrent les conséquences de trop longues heures de travail sur la santé et la moralité des travailleurs et leur contre-coup funeste sur la communauté tout entière. Cette méthode fut ensuite adoptée pour la défense des lois du travail que la Cour avait à juger. Mais cette présentation d'un ensemble de preuves impressionnantes qu'exige la Cour pour sanctionner l'intervention législative des Etats dans les conditions du travail est abusive. La minorité, en particulier Mrs HOLMES, BRANDEIS et CLARKE repoussent cette prétention, à juste titre, car toute loi doit être présumée constitutionnelle, selon la doctrine traditionnelle de la Cour suprême. Le juge doit faire preuve de déférence pour le législateur.

Certaines Cours suprêmes des Etats avaient déjà adopté l'attitude, non de la majorité de la Cour suprême des Etats-Unis, mais celle de la minorité, dès avant les décisions sur les lois d'Oregon (Illinois, Californie, Mississippi).

Cependant, aujourd'hui encore il n'est pas sûr que la

« Constitution » autorise d'une façon générale la limitation des heures de travail. Le travail doit présenter un certain danger ²⁰⁴. La loi fédérale de 1932 ²⁰⁵ sur les travaux publics de crise prévoit un maximum de trente heures de travail par semaine. L'adoption d'une journée de travail aussi courte par voie législative, dans les Etats, serait peut-être validée par la Cour si on lui montrait la nécessité radicale de diminuer le chômage par le partage du travail ²⁰⁶.

B. On aurait pu croire que la théorie périmée, exprimée dans le *Lochner Case* par la majorité, était définitivement condamnée. Il n'en est rien, et la doctrine des droits absolus de l'individu a été appliquée à nouveau en 1923. Une loi du Congrès créait en 1918 une commission chargée de fixer un minimum de salaire pour les femmes employées dans le district de Columbia (placé sous son autorité par la Constitution). Un hôpital refusa de se soumettre aux injonctions de la commission. Devant la Cour suprême, la loi fut déclarée inconstitutionnelle (*Adkins v. Children's Hospital* 261. U. S. 525, 1923) ^{206 bis} par cinq juges; trois autres exprimèrent une opinion contraire.

Notons qu'en 1914 une loi identique d'Orégon avait échappé à la censure de la Cour suprême des Etats-Unis, dont les membres s'étaient exactement divisés (quatre contre quatre), ce qui maintint la décision favorable de la Cour suprême d'Orégon. Mr BRANDEIS ne prit aucune part à la décision, car il avait préparé, avant sa nomination, les conclusions de la défense, conclusions très complètes (législation comparée, jurisprudence des tribunaux de différents Etats, témoignages de médecins et de sociologues, statistiques) (*Stettler v. O'Hara* 243, U. S.

204. *Legal restrictions on hours of men* 36 *Mont. Lab. R.*, janv. 1933, p. 1.

205. 47 *St.* 709.

206. *Mont. Lab. R.*, sept. 1931, p. 1 : La semaine de cinq jours dans l'industrie américaine en 1931; le *N. I. R. A.* permet au Président Roosevelt de limiter la durée du travail, dans toutes les industries, qui font l'objet d'un « code ».

206 bis. Peu après la Cour, unanime, annule une loi qui réglemente le salaire des ouvriers *Wolff Packing Co v. Court of Industrial Relation* 262 U. S. 54 (1923).

629). Les juges oublièrent qu'ils n'étaient pas législateurs. « Ce n'est pas la fonction de cette Cour, écrit un des opposants, le *Chief-Justice* TART, de tenir les lois du Congrès pour invalides, simplement parce qu'elles ont été votées dans le but de réaliser des conceptions économiques que la Cour croit peut-être peu sages ou mauvaises.. »

L'opinion de la minorité est très faible ; elle cite *Lochner v. New-York* malgré *Muller v. Oregon* et *Bunting v. Oregon*. Elle invoque la liberté sacrée des individus. Mr HOLMES fait remarquer avec raison qu'il s'agit d'une loi de santé et de moralité (on n'ignore pas les effets funestes des bas salaires dans les professions féminines), que la méthode employée est très raisonnable, qu'enfin toute loi limite la liberté des hommes, en quelque façon.

« ... Pour moi, nonobstant la déférence qui est due au jugement que la Cour fait prévaloir, le pouvoir du Congrès me semble absolument indubitable. La fin, supprimer des conditions qui donnent naissance à la mauvaise santé, à l'immoralité et à la dégénérescence de la race, personne ne nierait qu'elle ne rentre dans les limites d'une législation constitutionnelle. Quant aux moyens, ils ont l'approbation du Congrès, celle de nombreux Etats de l'Union et de ces gouvernements dont nous avons reçu nos plus grandes leçons... »

C'est surtout l'interprétation extensive de la *due process clause* qu'il critique vigoureusement. Cette interprétation purement syllogistique aboutit à interdire toute législation. Car, en somme, quel est le résultat naturel d'une loi ? M. HOLMES répond : « ... Mais presque toute loi consiste à défendre aux hommes de faire quelque chose qu'ils veulent faire et le droit de contracter n'est pas moins exempt de réglementation que les autres droits. Sans énumérer toutes les lois restrictives qui ont été approuvées, j'en mentionnerai un petit nombre qui, ce me semble, ont réglementé la liberté de contracter aussi sérieusement et aussi directement que cette loi... Les lois sur l'usure interdisent les contrats qui accordent à quelqu'un plus qu'un intérêt déterminé pour l'argent

qu'il prête... Quelques lois du « dimanche » interdisent pratiquement tout contrat pendant le septième de notre existence... Enfin, les heures de travail des femmes peuvent être limitées... et le principe en a été étendu aux hommes... » C'est ici surtout que la majorité a fait preuve d'incohérence : « J'avoue que je ne comprends pas d'après quel principe le pouvoir de fixer un minimum de salaire pour les femmes peut être nié par ceux qui admettent le pouvoir de fixer un maximum pour leur temps de travail. » Et en effet la différence est difficile à saisir. La « liberté » de l'employeur et de l'employé est également limitée dans les deux cas. Il serait peut-être plus exact de dire que l'équilibre est rétabli au profit du faible économiquement.

Mais la Cour déclarait que depuis le passage de l'Amendement XVIII, accordant aux femmes le droit de suffrage, celles-ci n'avaient plus besoin de protections spéciales ! Argument ridicule, la Cour n'avait-elle pas dit dans *Muller v. Oregon*, après avoir examiné les différences qui séparent la femme de l'homme : « ... Nous n'avons pas mentionné dans cette discussion la négation du droit de vote (pour les femmes) dans l'Etat d'Oregon, car si ce fait met en lumière une absence d'égalité politique entre elle et son frère, il n'est pas décisif en lui-même. La raison est plus profonde, elle repose sur la différence essentielle qui existe entre les sexes et sur les diverses fonctions vitales qu'ils remplissent.. » (208, *U. S.* 422) [Cf. *Quong Wing v. Kirkendall* 223, *U. S.*, 59. 1912.]

M. HOLMES reprend cet argument à son compte, sans insister sur ces différences, puisque la Cour avait admis que les lois limitant les heures de travail s'appliquent même aux hommes. Il le note avec ironie : « ... Mais après *Bunting v. Oregon*, j'avais pensé que cela n'était pas nécessaire et qu'on accorderait à *Lochner v. New-York* un repos bien mérité. » En somme la Cour a repoussé la loi moins en vertu des règles constitutionnelles que de doctrines économiques.

La décision marque un recul de la méthode que M. HOLMES avait réussi à faire triompher dans nombre

de procès antérieurs. La force de cette méthode est qu'elle interdit aux juges toute immixtion politique; elle offre un critère souple qui ne dépend pas de contingences électorales, mais elle demande au juge un grand effort d'objectivité. M. HOLMES et les juges de la minorité n'hésitent pas à le fournir. Il faut lire la conclusion de l'opinion de M. HOLMES. Il remarque qu'il a ses doutes sur la loi considérée; il se demande si le coût de la réforme ne dépasse pas le gain réalisé : « *Un point que je n'ai pas à décider.* »

De nombreux Etats avaient passé des lois de minimum de salaire. Une partie de l'opinion publique se souleva contre la Cour Suprême à la suite de cette décision. Les anciennes critiques, apaisées un certain nombre d'années, furent reprises. La Cour fut accusée d'être le rempart du conservatisme social, et tous les projets prévoyant la révocation (*recall*) des juges ou exigeant une majorité spéciale pour qu'une loi fut déclarée inconstitutionnelle retrouvèrent leur popularité.

L'Etat d'Orégon continue à appliquer sa loi de salaire minimum; quelques Etats ont fait quelques timides tentatives législatives, tel le Massachusetts qui vient de voter une loi prescrivant un salaire minima pour les femmes de ménage ²⁰⁷.

C. L'intervention de l'Etat dans les conditions du travail est nécessaire sans doute pour empêcher l'employeur d'imposer à ses ouvriers des contrats léonins. On ne peut demander à la loi de se substituer, en quelque sorte, aux parties contractantes pour rétablir l'équilibre. Les associations ouvrières, les syndicats concourent justement à ce résultat, par leur contrôle, par leur puissance de discussion (*Bargaining power*). Encore faut-il que

207. *Mont. Lab. R.*, janv. 1932, p. 52; *Mont. Lab. R.*, nov. 1929, p. 29, 31. *Minimum wage*. Le Massachusetts possède depuis 1912 une loi de salaires — facultative — la seule sanction est la publication des noms des employeurs qui n'appliquent pas le taux de salaire fixé par une commission, A. F. LUCAS I; l'Etat de *New York* vient d'être dotée d'une loi de salaires; v. 42. *Y. L. J.* 1250 (1933) : *Constitutionality of the New York Minimum Wage law* D'autres Etats ont suivi : *New Hampshire*, *New Jersey*, *Utah*, *Connecticut* et *Ohio*; V. *Mont. L. R.*, juin 1933 et juillet, p. 57.

l'ouvrier puisse se syndiquer. Mais la mauvaise volonté de certains patrons, leur refus d'employer des membres de syndicats, est un obstacle sérieux à toute organisation ouvrière ^{207 bis}. Nombre d'Etats de l'Union essayèrent d'empêcher de telles clauses restrictives dans les contrats de travail (*Yellow dog contracts*). La constitutionnalité d'une pareille loi de l'Etat de Kansas (de 1909) fut mise en question devant la Cour Suprême. Elle l'invalida comme empiétant sur la liberté de contracter des ouvriers et des patrons, protégée par l'Amendement XIV ²⁰⁸.

Nous connaissons déjà le raisonnement de la Cour sur ce point. Trois juges (HOLMES, DAY, HUGUES) ne se laissèrent pas convaincre et leurs opinions dissidentes furent particulièrement vigoureuses.

M. HOLMES affirme la position qu'il avait prise dans le « *Lochner Case* » et dans l'« *Adair Case* » que nous étudierons plus loin, et qui mettait en cause une loi du Congrès, cette fois, dont une disposition interdisait aussi le « *Yellow dog contract* » aux employeurs engagés dans le commerce entre les Etats de l'Union (*interstate Commerce*). La loi avait été déclarée inconstitutionnelle par la Cour. L'étude de ces dissents serait à sa place ici, mais pour la clarté de l'exposition, nous avons dû distinguer la législation du travail votée par les législatures des Etats de l'Union et celle du Congrès des Etats-Unis.

Cette position est d'ailleurs identique à celle qu'il prenait lorsqu'il était Chief-Justice à la Cour Suprême de l'Etat de Massachusetts. Il ne définit pas abstraitement la « liberté de contracter » comme le fait la majorité de la Cour : « Dans les conditions présentes un ouvrier peut

^{207 bis}. V. la force obligatoire que la Cour a donné aux *Yellow dog contracts* : *Hitchman Coal Co v. Mitchell* 245 U. S. 229 (1917) dissent des juges HOLMES, et BRANDEIS qui déclare : « ... le contrat n'obligeait pas l'employé à ne pas adhérer au syndicat... il l'obligeait simplement à quitter son emploi s'il adhère au syndicat... en conséquence, il n'y a pas inexécution du contrat jusqu'au moment où l'employé, à la fois adhère au syndicat, et se maintient dans sa place ». Les tribunaux avaient enjoint aux syndicats de ne faire aucune propagande dans une entreprise dont tous les ouvriers étaient liés par un contrat anti-syndical.

²⁰⁸. *Coppage v. Kansas* 236 U. S. 1 (1915); 15 Col. L. R. 272; 28 H. L. R., 396, 548; 13 Mich. L. R. 497; 24 Y. L. J. 677.

croire et c'est naturel, que seule l'adhésion à un syndicat lui permettra d'obtenir un contrat juste pour lui... Si cette croyance, à tort ou à raison, peut être adoptée par un homme raisonnable, il me semble qu'elle peut être sanctionnée par la loi, dans le but d'établir l'égalité de position, où commence la liberté de contracter... » (D. O., p. 9).

« La liberté de contracter » telle que la conçoit la majorité de la Cour n'est donc qu'une notion abstraite et irréaliste. (Nous verrons cette idée amplement développée dans l'opinion dissidente de M. le juge HUGUES). Comme toujours, il fait remarquer qu'il n'approuvait, peut-être pas ces lois de protection, mais que cela ne le regarde pas. Il lui suffit de constater qu'elles ne sont nullement en conflit avec la Constitution des Etats-Unis.

L'opinion dissidente de M. HUGUES est beaucoup plus longue. Il a estimé que la décision de la Cour était trop grave pour ne pas la discuter d'une façon serrée. Quatorze Etats de l'Union avaient, en effet, adopté des lois semblables.

Pour lui, la liberté de contracter que protège la Constitution n'est pas absolue. Elle peut être, et elle a été maintes fois limitée dans l'intérêt de la santé, de la sécurité et de l'ordre public. On doit présumer que les lois de ce genre sont faites dans l'intérêt public, et celui qui attaque doit apporter la preuve contraire. Ici la restriction est raisonnable; les syndicats sont légaux; le droit d'y adhérer peut être protégé par l'Etat. En tout cas, les juges n'ont pas à rechercher les motifs du législateur (U. S. p. 35). « Nous n'avons pas la liberté de rechercher les buts de la législature. Nous ne pouvons qu'examiner ses pouvoirs d'après la Constitution... » C'est justement ce que la majorité de la Cour oublie trop souvent.

« Il se peut, continue le juge, et son raisonnement pénétrant envisage la question sous un angle nouveau, qu'un employeur soit d'avis que la participation de son employé à la Garde Nationale par engagement dans la Milice de l'Etat, porte préjudice à ses affaires. Peut-on

soutenir avec succès que l'Etat ne pourrait, dans l'intérêt public, interdire un accord prévoyant la renonciation à cet engagement, comme contraire à l'ordre public ? ». Il cite encore la possibilité pour le patron d'interdire à son employé d'adhérer à un parti politique ou de faire campagne pour un candidat déterminé.

Ici nous passons du plan individuel au plan social. M. HUGUES met à juste titre les droits politiques (adhésion à un parti politique de son choix) d'un citoyen à côté de ses droits professionnels (adhésion à un syndicat). La Cour Suprême ne peut interdire à l'Etat de protéger les uns et les autres. C'est d'autant plus nécessaire aux Etats-Unis où le paternalisme du patronat présente un développement considérable et d'heureux effets, mais s'accompagne de tentatives inévitables d'emprise sur l'indépendance morale ou intellectuelle de l'ouvrier ²⁰⁹.

Il faut bien dire que cette protection est tout à fait contraire à certaines doctrines individualistes que la Cour a sanctionnées parce que la majorité de ses membres les adoptait. Et pourtant la Constitution ne sanctionne pas plus ces doctrines qu'elle ne le fait pour d'autres, solidarisme par exemple.

M. HUGUES se demande pourquoi la Cour invalide cette loi quand elle accepte les lois sur les trusts : « En quoi le droit de l'employeur d'insérer cette stipulation dans le contrat est-il plus sacré que son droit de décider, d'accord avec un autre employeur, dans la même industrie, de maintenir le niveau des prix élevé ? ».

C'est, en effet, l'hypothèse des lois sur les trusts. Dans les deux cas, il y a une limitation apportée à la « liberté » ; une atteinte à l'indépendance morale et financière de l'employeur, ou plutôt à l'abus qu'il fait de son indépendance. Comme M. HOLMES, M. le juge HUGUES considère que de telles loi ne faussent pas la balance, mais la règlent : « J'estime que la loi que nous examinons et des lois semblables sont destinées à accorder à

209. A. PHILLIP A, Report of the U. S. Coal Commission par 161-162, Z. CHAFFEE A, p. 172.

l'employé la même liberté d'action dont jouit ouvertement l'employeur. La loi doit être aussi zélée dans sa protection de la liberté constitutionnelle de l'employé que dans celle de l'employeur. »

La majorité ne veut pas tenir compte de cette inégalité économique; elle la considère comme une conséquence naturelle du droit de propriété, tel qu'il est reconnu par la Constitution.

M. HUGUES affirme que cet argument est inexact. Il cite *Holden v. Hardy* (169, U. S. 366 (1896)), affaire dans laquelle la Cour avait reconnu cette différence et admis l'intervention de l'Etat. « L'intérêt privé est souvent un guide peu sûr. »

Il cite encore une loi que la Cour a sanctionnée (219, U. S., 549) et qui interdisait de limiter par convention, la responsabilité encourue pour préjudice causé, avant l'apparition du préjudice. Cette loi d'Iowa limitait donc, nettement, la liberté de contracter. Il ne peut comprendre cette différence d'interprétation.

Elle se défend difficilement, en effet, et si les opinions dissidentes nous paraissent si fortes dans leur position, c'est parce qu'elles sont véritablement dans la logique de la jurisprudence de la Cour.

Une décision comme celle-là est inexplicable si l'on ne fait intervenir le facteur personnel et politique.

Depuis quelques années, les Etats ont renouvelé leurs lois sur la protection du droit syndical. L'Etat de Wisconsin a donné l'exemple d'une nouvelle rédaction plus solennelle. Le contrat, dans lequel un ouvrier aliène son droit syndical, est déclaré contraire à la politique publique « *public Policy* » et nul de nullité absolue. Aucune Cour de justice ne pourra donner un effet quelconque, en droit ou en équité, à un pareil contrat²¹⁰. Une douzaine d'Etats ont adopté des textes comparables. La législature de Massachusetts a demandé l'avis de la Cour

²¹⁰. 29 *Mont. Lab. R.* août 1929, p. 111; 19 *A. Lab. L. R.* 309, 315; 18 *A. Lab. L. R.* 115 (1928); *Mont. Lab. R.* juillet 1932, p. 83; *Laws Relating to anti-union Contracts*; *Mont. Lab. R.*, sept. 1932, p. 544; *New Jersey Anti-Union Contract Law*.

Suprême de l'Etat. Celle-ci, se référant, aux précédents établis par la Cour Suprême Fédérale, n'a pu que constater l'invalidité du projet de loi ²¹¹.

C'était là un exposé correct de la jurisprudence ancienne. Ne pourrait-on s'attendre, si le cas se présentait, à une décision changée de la Cour, dont M. HUGUES est aujourd'hui le Président ? Cela ne paraît pas impossible ^{211 bis}.

41. II. Contrôle administratif des Bureaux de placement. — A côté du contrat de travail, la loi réglemente souvent les intermédiaires entre l'offre et la demande de travail : les offices privés de placement. En 1917, la Cour Suprême annule une loi de l'Etat de Washington qui interdit à ces bureaux de prélever une rémunération sur les employés ²¹².

La majorité considéra cette prohibition comme contraire à l'Amendement XIV. La minorité, MM. HOLMES, CLARK, BRANDEIS et MC. KENNA, estima, comme l'écrivit ce dernier, dans son opinion dissidente « ... que la loi en question était un exercice légitime du pouvoir de police de l'Etat, dirigé contre un mal reconnu ».

Ajoutons que la population de l'Etat avait approuvé la loi dans un référendum (162.054 voix pour; 144.544 contre). La réglementation ne peut reposer que sur l'existence d'un « *public interest* » (voir plus bas n° 49). La Cour considère ainsi qu'il s'agit de l'intervention de l'Etat dans une entreprise ordinaire, sans la placer dans le cadre spécial des rapports entre salariés et employeurs.

L'opinion que M. le juge BRANDEIS écrivit, présente une démonstration claire et complète de la légitimité de la loi. Son analyse est particulièrement intéressante, car le problème des agences de placement et de leurs dangers

211. In re Opinion of the Justices, 15 avril 1930 : *U. S. Dep. of Labor*, Bulletin n° 548, p. 18 (1931).

211 bis. Les « codes » d'industries réalisés conformément au *N. I. R. A.* du 16 juin 1933 imposent le respect du droit syndical; cette disposition suscitera sans doute des conflits judiciaires.

212. *Adams v. Tanner* 244 *U. S.* 590 (1917).

se pose en ce moment, aux Etats-Unis, avec une dangereuse acuité :

« ... La Cour, remarque le juge, a confirmé des lois ou des ordonnances municipales ordonnant l'arrêt des industries suivantes : a) fabrication et vente de margarine (127, U. S., 678, *Powel v. Penna*) ; b) vente des cigarettes (*Austin v. Tennessee*, 179 U. S., 343) ; c) vente à terme des grains ou autres marchandises (*Booth, v. Ill*, 184, U. S., 425), etc. »

Il constate que la situation est identique dans l'espèce : le pouvoir de police des Etats de l'Union s'étend non seulement à la réglementation, mais encore à l'interdiction des entreprises. On devrait donc présumer cette loi constitutionnelle « à moins qu'elle n'apparaisse clairement arbitraire et déraisonnable ou sans rapport substantiel avec l'objet cherché... ». Et il critique la Cour d'établir ceci par des suppositions ou des raisonnements *a priori* : « Le jugement doit reposer sur la considération de faits, existants ou possibles. *Ex facto jus oritur*. »

Suit une analyse des faits, établie d'après les rapports officiels du gouvernement des Etats-Unis, sur les inconvénients graves et multiples des agences de placement privées (1) ; sur les remèdes que les spécialistes proposent (2) ; sur les conditions particulières existant dans l'Etat de Washington (3) ; sur le point fondamental du problème : éviter le chômage périodique et chronique (4). C'est une démonstration scientifique de la nécessité d'une telle loi. Elle est d'accord avec les constatations de la Cour Suprême de l'Etat de Washington, de la Cour Fédérale de District, qui, mieux au courant des conditions locales, avaient validé la loi. Cette opinion souligne la faiblesse de l'argumentation de la majorité qui se contente de qualifier la loi, sans analyser les faits, d'oppressive, d'arbitraire et de contraire à la liberté du commerce, garantie par le fameux Amendement XIV. Les critiques et les commentaires que nous avons pu faire ci-dessus seraient à renouveler. De plus, ici la Cour avait été très vivement éclairée sur la réalité sociale : elle n'en tient aucun compte. Elle fait appel à de vagues généra-

lités et ne définit même pas les caractères du *due process*, définitions très nécessaires; la constitutionnalité de la loi en dépend.

La réglementation stricte des bureaux de placement n'en a pas moins continué, car les abus ne peuvent être atteints autrement ^{212 bis}.

42. III. La loi et les règles traditionnelles de l'équité.

— Un type de législation du travail particulier aux Etats-Unis, est celle qui réglemente les pouvoirs d'équité du juge et le recours à l'injonction ²¹³.

Dans le *Corrigan case* ²¹⁴, une loi d'Arizona interdisant le recours à l'« Injonction » judiciaire pour supprimer les « pickets » réalisés sans violence, fut déclarée inconstitutionnelle (cinq voix contre quatre).

Un restaurateur, dont le personnel faisait grève, se plaignit que les pickets postés par le syndicat des garçons de restaurant et des cuisiniers, diminuaient sa clientèle et ses bénéfices, que la loi le privait d'un droit de propriété contrairement aux exigences du XIV^e Amendement. La Cour, dans sa majorité, accepte ce raisonnement, juridiquement inadmissible.

« ... En appelant une affaire « *propriété* », vous la faites ressembler à une terre, écrivit M. HOLMES, dans son opinion dissidente, et arrivez à conclure qu'une loi ne peut diminuer d'une manière substantielle les avantages d'une possession existant avant le vote de la loi ²¹⁵. »

La Cour confondait, en somme, le droit de propriété, au sens technique et juridique du mot, tel qu'il est protégé par l'Amendement XIV, et l'exercice d'une activité

^{212 bis}. V. HAINES III, p. 585-86 et l'opinion du juge HAND in *National Employment Exchange v. Geraghty* qui approuve les dissidents : 46 H.J.R 328.

²¹³. FRANKFURTER et GREENE A, ch. IV.

²¹⁴. *Truax v. Corrigan* 257 U. S. 312 (1921); jusqu'à l'année 1923 l'analyse complète des dissents, en matière d'injonction, se trouve dans l'excellent ouvrage de E. LAMBERT et H. C. BROWN A, ce qui nous permettra d'être bref: pour cette affaire, ch. II et p. 305.

²¹⁵. Cf. DUEZ A, p. 112 « Le pouvoir légal d'exercer une activité économique n'est pas une propriété... ce n'est que par un abus de langage qu'on puisse parler d'expropriation en la matière. »

économique, qui ne peut être considéré comme un droit réel, sans absurdité, mais qui « est sujet à des modifications substantielles, selon les époques et les circonstances, à la foi en lui-même, et eu égard à ce qui justifiera qu'on le lèse ». La Cour avait fait remarquer qu'il y avait aussi une classification illégale (XIV^e Amendement, *in fine*) : car la loi distinguait les employés des concurrents. Si les propriétaires d'une entreprise rivale avaient placé des pickets, on aurait pu obtenir contre eux une « injonction ». Il y avait donc un privilège d'établi au profit d'une classe d'individus (les employés), ce que le XIV^e Amendement interdit. Les opinions dissidentes montrèrent l'incompatibilité d'une telle interprétation de la clause d'*Equal protection* de l'Amendement XIV, d'ailleurs si extensive qu'elle interdisait à peu près toute classification, avec la jurisprudence antérieure de la Cour.

« ... La garantie d'*Equal protection*, écrivit un des dissidents, M. le juge PITNEY, donnait droit aux plaignants à un traitement pas moins favorable que celui réservé à d'autres, dans les mêmes circonstances. »

Mais surtout, M. HOLMES s'élève contre la conception d'une Constitution fossile que le Chief-Justice avait paru adopter dans l'espèce.

« ... Il me faut ajouter une considération générale. Il n'y a rien que je ne déprise plus que l'usage de l'Amendement XIV, au delà de la contrainte absolue de ses termes pour empêcher la réalisation d'expériences sociales qu'une partie importante de la communauté désire, dans les chambres isolées que constituent les Etats de l'Union, même si ces expériences paraissent futiles ou même nuisibles, à moi-même et à ceux dont je respecte le plus le jugement... »

La protection constitutionnelle que la Cour confère aux règles de l'équité n'a pas convaincu les législateurs. Quatorze Etats ont conservé ou adopté des lois contre l'injonction dans les conflits du travail²¹⁶. Mais les juges ont souvent continué à arrêter les mouvements

²¹⁶. *Anti-injunction laws in labor disputes* Mont. Lab. R. juillet 1932, p. 66, 73, août 1929, p. 106.

légaux de revendications ouvrières, par voie d'injonction, sans s'apercevoir qu'ils encourageaient ainsi une action plus violente et révolutionnaire ²¹⁷.

IV. Réparations des accidents du travail maritime. —

A la suite des risques d'accidents nombreux et imprévisibles qu'apporta l'ère de la machine, les différents Etats modifièrent peu à peu le droit des accidents du travail, tel qu'il existait en Common Law, et guère favorable aux ouvriers (règles de la « *Contributory negligence* », du « *negligent fellow-servant* » et de l'« *assumption of risks* »).

Les tribunaux acceptèrent difficilement la nouvelle législation, et s'ils l'ont sanctionnée en principe, ils ont multiplié les difficultés d'application par voie d'interprétation.

Une telle législation fut adoptée par le Congrès pour les accidents du travail survenus à l'occasion du commerce entre les Etats. Mais si le Congrès n'avait pas spécialement légiféré, ne pouvait-on pas appliquer la loi de l'Etat où l'accident a eu lieu ? La Cour Suprême ne l'a pas admis, en particulier en matière maritime (*Southern Pacific v. Jensen*, 244, U. S., 205 (1916)).

A New-York, un docker, avait été blessé en déchargeant la cargaison de bois de charpente d'un navire, arrivant de Galveston; l'application de la loi de New-York fut rejetée. Elle portait atteinte aux pouvoirs du Congrès en matière maritime et de commerce entre les Etats. Elle était de plus contraire à la clause de *due process*, car la responsabilité supportée par l'employeur était trop lourde. Quatre juges exprimèrent un avis contraire. Pour les juges de la minorité, la compétence conférée par la Constitution aux Cours fédérales n'implique pas l'interdiction pour les Etats de modifier la loi maritime. Le Congrès n'a pas reçu le pouvoir général de légiférer sur les matières maritimes, mais seule-

217. V. cependant WITTE, *Labor resort to injunction* 39 Y. L. J. 374 (1930); F. B. SAYRE, *Labor and the Courts* 39 Y. L. J.; 18 Am. Lab. L. R. 115 (1928); BRISSENDEN I et II.

ment dans la mesure où l' « interstate commerce » est intéressé. Et même dans cette hypothèse, si le Congrès s'est abstenu d'agir, les lois locales protectrices s'appliquent si leur effet sur l' « interstate commerce » est simplement incident à l'exercice du pouvoir de police des Etats : « ... Et bien que la Constitution confère expressément au Congrès le pouvoir de réglementer « l'interstate commerce » et le commerce avec l'étranger, néanmoins jusqu'au moment où le Congrès est intervenu, la responsabilité des voituriers envers leurs employés pour les accidents se produisant dans le commerce entre les Etats de l'Union a été déterminée par les lois des Etats... » (244-46).

« ... Dans le domaine même de la navigation, l'autorité des Etats d'établir des règles applicables, sur leur territoire, en l'absence de législation exclusive, votée par le Congrès, a été reconnue dès le début de notre gouvernement, sous l'empire de la Constitution... »

La démonstration est appuyée par un nombre considérable de jugements antérieurs, qui auraient dû être déterminants dans l'espèce.

La force juridique de l'arrêt demeure incertaine; la solution s'explique surtout par le désir de retarder l'application des lois du travail, en vertu du principe « du laisser-faire » et de protéger plutôt l'employeur que l'employé.

La décision de la Cour est à rapprocher de celle qu'elle donnera dans le *Knickerbocker Case*.^{217 bis}

Jusqu'à ces dernières années, on rencontre un certain nombre d'affaires où la Cour infirme le jugement des Cours Suprêmes d'Etats dans des circonstances analogues²¹⁸.

Les règles du conflit restent obscures; la jurisprudence n'est pas fixée; le droit à réparation de la victime, dans ces hypothèses, demeure instable²¹⁹. Un revirement apparaît cependant en 1932^{219 bis}.

^{217 bis} *Infra*, n° 44.

²¹⁸. *Emp' Liability Insurance Corp. v. Cook*, 50. Sup. C. Reporter 308 (1930); *J. Baisley Iron Works v. Span* 50 Sup. C. Reporter 306 (1929)

²¹⁹. 40 *H. L. R.* 485.

^{219 bis}, *SHARP* 1, p. 804-05.

§ 2. Législation fédérale.

43. Le pouvoir de police du Congrès. — Le Congrès ne tient pas de pouvoir général de police, de la Constitution. Mais il a un pouvoir absolu de contrôle sur les « relations » entre les Etats de l'Union (le mot commerce a été interprété d'une façon si extensive). Il peut interdire le transport d'une marchandise quelconque ou même de personnes d'un Etat dans un autre (ce qu'il fit pour les prostituées, les produits alimentaires impurs, les billets de loterie, les films relatifs aux combats de boxe)... A ce titre, il réglemente la télégraphie sans fil, la radiodiffusion, les « écoles par correspondances » qui font appel à la clientèle en dehors de l'Etat de leur siège; il peut interdire les coalitions pour restreindre la concurrence (lois sur les trusts). D'autre part, le Congrès, en vertu de ses pouvoirs d'imposition, a pu taxer certains produits nocifs (margarine colorée comme le beurre, opium, allumettes dans la fabrication desquelles on a utilisé le phosphore blanc) pour rendre leur fabrication et leur consommation impossibles.

La Cour a validé, en général, ces lois du Congrès qui se présentaient comme des réglementations du commerce entre les Etats ou comme des taxes légitimes. Le Congrès a pu ainsi légiférer uniformément pour les Etats-Unis en des matières de la plus haute importance pour la vie nationale.

Les Etats de l'Union n'auraient pu agir, chacun pour leur compte, que d'une façon fragmentaire et incomplète. Au point de vue de la législation industrielle, le Congrès a voté toute une série de lois pour la sécurité des transports ferroviaires.

Mais en présence de certaines réformes un peu hardies, la Cour a montré quelque résistance... elle a annulé les lois qui lui paraissent arbitraires, c'est-à-dire contraires à la clause « *due process* » du V^e Amendement à la Constitution et on connaît l'étroitesse de son interprétation. Dans deux hypothèses fameuses (Child Labor

Acts), elle a annulé ces lois du Congrès sans tenir compte des pouvoirs certains qu'il tenait de la Constitution. Contrairement à toute sa jurisprudence, elle se livra à une recherche d'intentions qu'elle s'était interdite jusqu'alors. Naturellement les opinions dissidentes n'ont pas manqué.

44. A. Réparation des accidents du travail. — Nous avons vu que le bénéfice des lois d'Etats sur les accidents du travail était refusé non seulement aux marins proprement dits, mais encore à tout ouvrier, employé à un travail nécessitant sa présence temporaire à bord d'un navire (*Southern Pacific C^o v. Jensen*, *supra*, n^o 42). Pour faire disparaître les inégalités qui en résultaient — l'obtention des dommages-intérêts était très difficile en common law (règles précitées) — le Congrès autorisa, par un amendement au Code judiciaire (1917), les victimes d'un accident du travail maritime à invoquer les lois des Etats devant les Cours Fédérales de District. (§ 24, cl. 3 et § 256, cl. 3, Judicial Code).

La Cour n'accepta pas ces amendements : elle les considéra comme une délégation aux Etats du pouvoir législatif que le Congrès tenait de la Constitution des Etats-Unis. Or, c'est un principe de droit public qu'une autorité ne peut déléguer les pouvoirs qu'elle tient de textes constitutionnels (*Knickerboker Ice C^o v. Stewart*, 253, U. S., 149 (1919)).

Quatre juges n'approuvèrent pas la décision : MM. les juges CLARKE, PITNEY, BRANDEIS et HOLMES qui écrivit l'opinion dissidente.

Pour lui, la question de délégation de pouvoir ne se pose pas. Le Congrès, par une loi, a adopté des textes de lois en vigueur dans les Etats : il ne s'en remet pas aux Etats de l'Union pour voter une loi à sa place.

Et même si l'on voulait considérer que les amendements en question approuvent les lois sur les accidents de travail, votées à l'avenir dans les Etats — (il n'y avait pas à résoudre ce problème, car la loi de New-York, invoquée, existait déjà au moment du vote des amende-

ments par le Congrès) — M. HOLMES admettait encore sa constitutionnalité. « ... Je pensai, dit-il, que *Clark, Distilling Co v. Western Maryland Ry Co* (242 U. S., 311), allait très loin dans sa justification de l'adoption des lois d'Etat par avance, car je ne puis croire un moment qu'à l'exception de l'Amendement XVIII, des principes constitutionnels particuliers existent contre les liqueurs fortes. Les pères de la Constitution, autant que je sache, les approuvaient.

» Mais je ne puis voir aucune objection constitutionnelle à une telle adoption, dans cette affaire, si l'on veut donner à la loi du Congrès cet effet... »

Le jugement cité avait déclaré constitutionnelle l'autorisation donnée par le Congrès aux Etats, dès avant le passage du XVIII^e Amendement, d'interdire l'importation de liqueurs sur leur territoire (Loi Webb Kenyon, 1913, Reed Bone-dry, Amendement 1917). La distinction du juge est fine. Le Congrès, selon lui, n'a pas délégué ici aux législateurs le pouvoir de décider ce que serait la loi des Etats-Unis dans leur Etat; il a simplement décidé que la loi des Etats-Unis serait celle en vigueur sur la matière dans chaque Etat de l'Union. Elle est très habile aussi, car elle met en lumière la contradiction de l'opinion de la majorité, qui valide la loi Webb Kenyon, malgré son caractère net de délégation de pouvoir et annule celle-ci qui n'en est pas une.

Une autre objection à la loi, plus faible, avait été faite. L'article 383 de la Constitution déclare : « ... Le pouvoir judiciaire (il s'agit de la compétence des tribunaux fédéraux), s'étendra... à toutes les affaires soumises à la Jurisdiction maritime et à celle de l'Amirauté... » On en tirait cette conséquence que seule, la *Common Law* maritime, devait s'appliquer. L'objection n'était guère sérieuse. Une attribution de compétence ne peut avoir d'influence sur la loi à appliquer, en la matière. Comme l'écrivit M. HOLMES, la disposition de la Constitution n'a pas établi, implicitement, un code complet sur les relations du maître et du serviteur, en mer. Il ajoute, lançant une pointe à certains de ses collègues : « ... mais certaine-

ment le pouvoir qui imposa la responsabilité peut la modifier et je suppose que le Congrès peut faire autant que les juges qui ont introduit les règles. »

La Cour, dans cette hypothèse, comme dans celles que nous allons analyser, mettait une mauvaise volonté évidente à valider la législation sociale du Congrès. Elle invoquait des dispositions imprécises, dont l'interprétation aurait dû être favorable aux lois du Congrès, selon la traditionnelle déférence due au législateur par le juge. Elle repoussait même, dans ce but, les conséquences naturelles de sa jurisprudence antérieure ^{219 ter}. En 1907, en vertu de règles techniques étroites, la Cour avait repoussé une loi du Congrès sur les accidents du travail, applicable aux employés des « common carriers », engagés dans le commerce entre les Etats de l'Union et des chefs d'entreprises du district de Columbia (L. du 11 juillet 1906, 32 U. S. Stat, 232). Les cinq juges de la majorité considérèrent que la loi contenait à la fois des dispositions constitutionnelles et inconstitutionnelles, mais si intimement liées que la séparation était impossible. La minorité de quatre juges fut d'accord pour constater que la séparation pouvait et devait être faite. Et, en effet, il était facile de distinguer les voituriers faisant le « commerce » entre les Etats de l'Union auxquels la loi était applicable et ceux qui exerçaient leur profession à l'intérieur d'un Etat particulier et par conséquent soumis uniquement au pouvoir de police de cet Etat et non de l'Etat Fédéral.

Cependant les juges de la minorité se divisèrent eux-mêmes. MM. HARLAN, Mc KENNA et HOLMES n'admirent la responsabilité des voituriers, dans les termes de la loi, que si l'accident intervenait au moment où l'employé était, en fait, engagé dans l'« interstate commerce ». Dans l'opinion de M. le juge MOODY, la responsabilité était plus large et visait tous les accidents du travail dès

^{219ter}. Le Congrès a été obligé de voter une loi spéciale concernant ces accidents; le partage respectif des compétences locale et fédérale demeure obscure dans la jurisprudence de la Cour.

que les voituriers faisaient le commerce entre Etats, même s'il n'y avait pas « commerce » réel au moment de l'accident (*Employers liability case* 1908, 207 U.S., 463). Une nouvelle loi fut votée le 22 avril 1912, par le Congrès. Cette fois, les distinctions exigées étaient faites et la Cour unanime admit sa constitutionnalité (*Second employers liability Case*, 1912, 223 U. S. 1. ²²⁹).

45. B. Respect du droit syndical. — Les Etats de l'Union n'ont pas le pouvoir constitutionnel, selon la Cour Suprême, de restreindre par un acte législatif le droit des employeurs, de renvoyer un ouvrier appartenant à un syndicat et pour ce fait (*Coppage, v. Kansas*, 236, U. S. 1., 1914). Le Congrès n'a pas plus de pouvoir et quelques années avant le *Coppage Case*, la Cour l'avait jugé en annulant une loi du 1^{er} juin 1898, dans son paragraphe 10, qui interdisait à tout employeur, engagé dans l'*interstate commerce*, de renvoyer un ouvrier parce qu'il adhérerait à un syndicat ²²¹. La loi de 1898 établissait tout un système de conciliation et d'arbitrage entre cheminots et Compagnies de chemins de fer et pour assurer une efficacité certaine à ce plan, elle prévoyait une organisation syndicale forte et responsable des employés. On avait éprouvé la faiblesse d'une loi semblable de 1888 ²²², mais qui ne tenait pas compte des syndicats ouvriers (Grèves de Chicago 1894).

La majorité développa le thème de « *Lochner v. New-York* » : la loi restreint inconstitutionnellement la liberté et le droit de propriété des employeurs. Elle refusa de voir l'utilité du projet et la relation nécessaire existant entre le § 10 et les autres dispositions de la loi. Un des « dissenters », M. Mc KENNA montra bien qu'il ne s'agissait pas là d'une manifestation de bon plaisir du Congrès. Il estime abusif ce respect de la Cour pour la liberté des employeurs : « ...La liberté qui s'exerce dans un but de pure antipathie ne force guère le respect. »

²²⁰. WILLOUGHBY A. § 870-71

²²¹. *Adair v. U. S.* 208 U. S. 161 (1907); WILLOUGHBY A. § 481.

²²². 25 U. S. Stat 501 c. 1063.

La restriction était très raisonnable, étant donnés les pouvoirs souverains du Congrès sur le commerce entre les Etats de l'Union et si l'on considère que le contrat réglementé touchait à un des services les plus importants pour une nation, les communications ferroviaires.

« ...Je ne puis supposer, écrivit M. HOLMES, que les motifs qui peuvent légalement entraîner la résiliation d'un contrat sont moins susceptibles d'être réglementés que d'autres... J'avoue que j'estime que le droit de contracter librement que l'on a tiré du mot *liberté* dans les amendements à la Constitution a été élargi, d'une façon extrême, par les arrêts, mais ils reconnaissent que parfois le droit peut être limité. Là où existe, ou plus généralement, là où semble exister un motif d'intérêt public à le restreindre, la Constitution ne le défend pas, que cette Cour soit favorable ou non à la politique poursuivie. On ne peut douter qu'éviter des grèves et autant que possible favoriser son plan d'arbitrage, puisse être considéré par le Congrès comme un point important d'administration... J'accorde pleinement que le point de savoir, si les résultats que les syndicats ouvriers peuvent procurer sont excellents et considérables, peut être l'objet d'une divergence d'opinions parmi les gens intelligents...

« Mais je ne pourrais considérer comme déraisonnable le fait pour le Congrès de décider que favoriser des syndicats forts, c'est l'intérêt non seulement des ouvriers, mais des Compagnies de chemins de fer et du pays généralement. »

Trois années après, la Cour admettait la réglementation légale du contrat de travail des cheminots. Une loi du 6 mai 1910 « pour assurer la sécurité des employés et des voyageurs dans les chemins de fer en limitant les heures de travail des employés » fut déclarée constitutionnelle (*Baltimore and Ohio R. R. Co. v. Interstate Commerce Commission* 1911-221. U. S. 612). La Cour considéra qu'il y avait un rapport certain entre la durée du travail et la sécurité du voyage.

Bien plus, une loi, dite *loi Adamson*, du 3 septembre 1916, établissant un maximum de 8 heures de travail

pour les employés des voituriers engagés dans le commerce « interstate » et, temporairement, un minimum de salaire pour les mêmes employés fut validée ²²³. Seule la prévision d'un minimum de salaire divisa la Cour. Grand progrès depuis la décision dans *Adair v. United States*. Cependant il faut noter que la situation était grave : la loi avait été votée pour prévenir une grève nationale des chemins de fer. Tout de même l'opinion de la Cour indique nettement que le Congrès a tous pouvoirs devant la défaillance des parties privées, pour assurer dans l'intérêt public, par une législation appropriée, la bonne marche d'un service vital pour la nation. Il semble bien que la Cour hésiterait moins aujourd'hui à sanctionner la garantie législative du droit syndical ²²⁴.

46. C. Protection nationale de l'enfance ouvrière. —

Nous avons montré plus haut que maintes fois le Congrès a légiféré dans l'intérêt national, en vertu des pouvoirs que lui reconnaît expressément la Constitution et sans encourir la censure de la Cour suprême. Des lois fédérales protégeaient déjà la santé et la moralité publiques, quand une campagne fut menée par les défenseurs de l'enfance qui travaille pour obtenir du Congrès une loi protectrice. Sans doute les Etats particuliers pouvaient voter et votaient de pareilles lois, mais les Etats retardataires retenaient les Etats plus avancés, mais la variété des textes et des dispositions légales, la faiblesse du contrôle local n'aboutissaient, en réalité, qu'à une apparence de protection.

Une loi fédérale interdisant le transport dans l'*inter-state commerce*, des marchandises fabriquées par les enfants semblait parfaitement constitutionnelle. Dès avant la loi on avait fait cependant remarquer que les lois approuvées par la Cour protégeaient le consomma-

²²³. WILLOUGHBY A. § 483-85.

²²⁴. *Texas et N. O. R. Co et al v. Brotherhood of Railway and Steamship Clerks* 281 U. S. 548 (1930) application de la loi de 1926; 40 Y. L. J. 92; 46 H. L. R. 360, 389; E. BERMAN I; BRISSENDEN I et II p. 458.

teur, non pas le producteur; c'était inexact, car la protection douanière établie en vertu des pouvoirs du Congrès sur le commerce est bien faite pour favoriser la production. La Cour dans le *Beef Trust Case* n'a-t-elle pas appliqué les lois contre les trusts en faveur du *vendeur* de bétail. Enfin la loi douanière de 1890 avait prohibé l'importation des objets fabriqués par des détenus. D'ailleurs, c'était supposer une recherche de motifs par le juge, cela les pouvoirs généraux conférés au Congrès par la Constitution l'interdisaient absolument « l'esprit des hommes est particulièrement retors quand ils jugent, sous une Constitution contenant une pareille disposition (Art. I, section 8, par. 3), qu'une réglementation portant sur le « Commerce » entre les Etats de l'Union n'en est pas une, car elle aura nécessairement l'effet incident de régler les conditions de production. » ²²⁴.

Aussi la surprise fut grande quand la Cour suprême déclara inconstitutionnelle la loi du 1^{er} septembre 1916 (*Hammer v. Dagenhart*, 1917.247 U. S. 277) ²²⁵.

La loi prohibait l'envoi dans l'*interstate commerce* des produits fabriqués, auxquels avaient travaillé des enfants de moins de 14 ans, ou des enfants de 14 à 16 ans, plus de huit heures par jour ou six jours par semaine, ou la nuit.

La majorité déclara qu'il n'y avait point là réglementation du « commerce », mais réglementation des conditions de production sur lesquelles l'autorité du Gouvernement fédéral ne s'étend pas. Le raisonnement de la Cour était en opposition avec toute sa jurisprudence antérieure. Sans doute directement et spécialement le Congrès ne peut régler les conditions de production dans les Etats-Unis, mais quand cette réglementation est le résultat indirect de l'exercice de ses pouvoirs constitutionnels, la Cour ne peut censurer son action. Elle l'a admis dans de nombreuses hypothèses. M. HOLMES, qui rédigea l'opinion dissidente au nom des Juges BRANDEIS,

^{224bis}. F. GOODNOW A, I, 83.

²²⁵. WILLOUGHBY A, § 457, 590, 592a.

CLARKE et Mc KENNA, cite les précédents et s'étonne de cette volte-face.

Au lieu d'appliquer le droit de la Constitution, il semble que la Cour a sanctionné ses propres conceptions. M. HOLMES le lui reproche vigoureusement : « J'aurai pensé que si nous devions introduire nos conceptions morales personnelles là où, à mon avis, elles n'ont pas de place, c'était ici, par-dessus tout, l'occasion de soutenir l'exercice de tous leurs pouvoirs par les Etats-Unis... Mais j'ai pensé que... cette Cour avait toujours désavoué le droit d'introduire son jugement dans des questions de politique et de morale. Ce n'est pas à cette Cour de décider, quand une prohibition est nécessaire à la réglementation... de dire qu'elle est permise contre les boissons fortes, mais non contre les produits de vies ruinées... » On ne peut comprendre, de même, pourquoi la Cour permettait au Congrès de protéger les prostituées et non l'enfance exploitée.

La majorité de la Cour méritait ces sévères critiques. Il faut ajouter aussi qu'elle avait eu la crainte injustifiée d'ailleurs, de voir le Congrès se substituer aux législatures des Etats pour exercer le pouvoir de police. Cette crainte naissait d'une conception archaïque de l'Etat fédéral, qui oppose les Etats de l'Union à l'Union des Etats. Cette opposition que la réalité économique et sociale dément ne peut être réalisée par l'adoption d'un système juridique, la solidarité des Etats de l'Union est trop étroite. Au Congrès de déterminer, dans la limite de ses pouvoirs ce qu'est l'intérêt national.

« ... La loi, écrit M. HOLMES, ne touche à rien qui appartienne aux Etats de l'Union. Ils peuvent régler leurs affaires internes et leurs affaires domestiques comme ils l'entendent. Mais quand ils cherchent à envoyer leurs produits au delà de la frontière, ils ne sont plus dans leurs droits. S'il n'y avait ni Constitution, ni Congrès, leur pouvoir de franchir la frontière dépendrait de leurs voisins. Sous la Constitution ce n'est pas aux Etats, mais au Congrès de réglementer le « commerce ». Le Congrès peut réaliser ses conceptions de l'intérêt

public, quels que soient leurs effets indirects sur l'activité des Etats...

» La politique publique des Etats-Unis est formée dans le but de favoriser la nation tout entière... l'intérêt national tel qu'il est compris par le Congrès, peut exiger une attitude différente, dans sa sphère, de celle de quelque Etat égoïste.. » L'analyse de M. le Juge HOLMES est certainement en accord avec l'évolution historique américaine. Le passé et le présent l'illustrent et la vérifient. Mais cette réalité se heurte aux conceptions politiques de la grande majorité des Américains, Le dogme de la souveraineté absolue des Etats dans leurs affaires intérieures, quelles que soient les conséquences nationales de leur action, apparaissait encore comme un principe intangible. Très certainement, aussi, le XVIII^e Amendement y a fait une brèche importante, mais on sait justement les difficultés que son application rencontre.

Il existe cependant une politique nationale des Etats-Unis, qui limite incidemment l'autonomie des Etats.

Il serait facile de le montrer par quelques exemples, de la Guerre de Sécession au vote du XVIII^e Amendement, répression de la prostitution, de la vente de produits nocifs par voie de législation fédérale, etc... Il y a là une question d'opportunité, dont la Cour n'avait pas à se faire juge, puisque le Congrès ne faisait qu'exercer ses pouvoirs constitutionnels.

Le Congrès ne se tint pas pour battu et en 1919 vota une nouvelle loi utilisant, cette fois, ses pouvoirs sous la section 8, article 1^{er} de la Constitution (pouvoir d'imposition). La loi imposait une taxe de 10 % sur les bénéfices nets de toute personne ou société employant des enfants, dans les mêmes conditions que le faisait la loi précédente. La Cour refusa d'admettre sa validité. (*Bailey, v. Dnixel Furniture Co*, EPLL-LTP, U. S. 20).

Le nombre de « *dissenters* » a diminué, car la loi ne pouvait véritablement être considérée comme une loi de finance. C'était ouvertement une loi réglementant les conditions du travail. L'imposition dépendait de la non-application d'un ensemble de règles détaillées, sans rap-

port avec le but fiscal de la loi. Si la Cour l'avait déclaré constitutionnelle, c'est alors vraiment que l'indépendance des Etats de l'Union eût été menacée. L'opinion de la majorité écrite par le Chief-Justice, M. TAFT, est d'ailleurs très modérée. M. TAFT fait remarquer même « ... que s'il s'agissait d'un droit sur une marchandise ou sur une valeur économique, des décisions antérieures de la Cour ne nous permettraient peut-être pas d'inférer uniquement de son caractère élevé que la loi vise une prohibition et non une taxe. » La loi précédente ne donnait pas prise à ces critiques... Cependant M. le Juge CLARKE n'adopta pas les vues de ses collègues. Et là encore il était dans la logique de la jurisprudence de la Cour ²²⁶. Il invoque les droits sur les billets de banque émis par les banques d'Etats, sur les allumettes au phosphore blanc, sur la margarine colorée comme le beurre, imposés par des lois fédérales que la Cour valida. Nous venons de voir que M. TAFT avait distingué ces taxes de l'impôt considéré.

La distinction est spécieuse. Taxer les bénéfices d'une entreprise comme imposer un droit sur une marchandise était du ressort du Congrès. La Cour n'avait pas à rechercher les motifs du législateur ou les conséquences économiques de son action.

La protection fédérale de l'enfance ouvrière n'a pu être réalisée par voie d'Amendement constitutionnel. Elle se poursuit lentement et sporadiquement ^{226 bis}.

47. D. Les lois sur les trusts et l'action ouvrière. —

Si la Cour n'a pas toujours accepté les lois du travail votées par le Congrès, elle a, par contre, considéré la loi sur les trusts (loi *Sherman*) comme s'appliquant aux coalitions ouvrières, et déclaré illégale toute action syndicale dont le résultat était de limiter la concurrence dans le commerce entre les Etats de l'Union (*Danbury Hatters*

226. *V. Mc Cray v. U. S.* 195 U. S. 27 (1904).

226 bis. *Mont. Lab. R.*, juin 1932, p. 278, *White House Conference Report on Child Labor*; elle fera sans doute des progrès plus rapides par application du N. I. R. A.

case, 1908) ²²⁷. Cette interprétation fut vivement combattue par la Fédération Américaine du Travail. Dans la loi *Clayton* qui modifiait la loi *Sherman* (15 octobre 1914), deux sections, numéros 6 et 20, furent insérées pour protéger les syndicats ouvriers. La section n° 6 reconnaissait leur légalité et déclarait « que le travail d'un être humain n'est pas une marchandise ni un article de commerce ». Par cette définition obscure le législateur pensait éviter aux coalitions ouvrières l'application des lois contre les trusts qui visent les manipulations sur marchandises. La section 20 interdisait l'*injonction* dans les conflits professionnels entre ouvriers et employeurs à moins d'une menace irréparable aux biens de l'employeur. L'article énumérait d'ailleurs un certain nombre de moyens d'action : grèves, débauchage par persuasion, pickets, boycotts... qui étaient déclarés légaux, dans tous les cas et non susceptibles d'*injonction* judiciaire.

La Cour ne modifia pas, pour cela, son point de vue (*Duplex Printing Press Co v. Deering et Al.* 1920.254 U.S. 443). Les sections 6 et 20 du « *Clayton Act* » permettaient, selon elle, de demander une *injonction* pour arrêter l'activité (boycotts et grèves) des syndicats ouvriers contre un employeur refusant employer uniquement des syndiqués dans son usine, d'appliquer le maximum de huit heures de travail par jour, et de payer le tarif syndical. La Cour distingue l'action menée par les ouvriers mêmes de l'employeur visé et l'action générale du syndicat. Elle déclare aussi illégale l'action indirecte d'ouvriers appartenant à d'autres syndicats et qui ne sont pas en conflit avec leurs propres employeurs (boycott raffiné, grève de sympathie). Elle estime que la loi *Clayton* (section 20) n'autorise pas ces moyens. Une minorité de trois juges repoussa cette interprétation beaucoup trop restrictive. M. le Juge BRANDEIS, parla au nom de ses collègues HOLMES et CLARKE. Pour eux l'article 20 interdit toutes injonctions, dans les cas énumérés plus haut, quand il existe une « unité d'intérêt économi-

227. LAMBERT et BROWN, A, p. 79.

que » entre les participants à l'action. Il s'agissait en l'espèce d'une question de vie ou de mort pour le syndicat. Notons les faits que présente M. BRANDEIS :

« Il n'y a aux Etats-Unis que quatre fabricants de telles presses (presses à imprimer), et ils sont en concurrence active. Entre 1909 et 1913, le syndicat des Machinistes persuada trois d'entre eux de reconnaître le syndicat et de traiter avec lui, d'accorder la journée de huit heures, d'établir un minimum de salaire et de se plier aux autres règles syndicales. Le quatrième, la Cie Duplex, refusa de reconnaître le syndicat... et ne tint aucun compte des « standards » posés par le syndicat ; sur ce, deux des fabricants qui avaient accepté les conditions syndicales, notifièrent au syndicat qu'ils seraient obligés de dénoncer le contrat à moins que leur concurrent, la Cie Duplex ne passe, elle aussi, un contrat avec le syndicat... »

En somme tous les avantages professionnels que l'organisation syndicale avait permis étaient menacés. Si les membres du syndicat refusent de travailler sur des machines venant de la Cie Duplex, c'était comme le remarque l'opinion minoritaire « seulement refuser d'aider à sa propre destruction ». Les juges de la minorité considèrent donc que le § 20 ne s'applique pas simplement aux employés liés juridiquement avec un patron et dans leurs relations professionnelles avec ce patron. C'était bien respecter les termes généraux de la loi. M. BRANDEIS ajoute ce second argument :

« Si l'on doit donner aux mots une interprétation technique stricte, la loi ne pourra s'appliquer aux conflits entre employeurs et ouvriers, étant donné que les actes mêmes auxquels elle s'applique suppriment la continuité du rapport légal. » Une fois de plus les juges de la majorité lisaient leurs propres opinions dans un texte de loi. Ils définissaient avec une précision inexacte les termes volontairement vagues de la loi. L'opinion dissidente fut d'ailleurs partiellement appliquée un peu plus tard dans le *Tri-City case* (257 U. S. 184-1921). La Cour autorisait tous les membres d'un syndicat non pas seulement les

employés en grève « à persuader » les ouvriers encore au travail de le quitter ²²⁸.

Presque tous les espoirs que la loi *Clayton* avait fait naître dans les milieux ouvriers disparaissaient par cette interprétation défavorable... ²²⁹.

Le dernier coup fut porté par une décision récente de la Cour suprême. Elle ordonna une « injonction » contre le « *Journeymen Stone Cutters Association* », association des tailleurs de pierres ; injonction interdisant aux membres le simple refus de travailler sur des pierres qui, dans les carrières, avaient été taillées, en partie, par des ouvriers en conflit avec l'association ²³⁰.

L'opinion dissidente écrite par M. le Juge BRANDEIS et approuvée par M. le Juge HOLMES relève l'application contradictoire des lois sur les trusts aux coalitions commerciales et aux coalitions ouvrières. Ces dernières, que la loi Sherman ne prévoyait ni ne réglementait, sont interdites ; les autres spécialement visées, la Cour ne les voit point avec trop de défaveur. L'opinion de la minorité a été reprise par tous les défenseurs du travail organisé.

« ...Si, considérant les faits indiscutés de cette affaire on peut ordonner une « injonction » contre le refus de travailler, le Congrès a créé par la loi Sherman et par la loi Clayton un instrument pour imposer au travail une contrainte qui rappelle la servitude forcée. »

M. BRANDEIS note que la loi Sherman n'interdit pas selon la Cour à une société unique de contrôler 50 % de la production de l'acier des Etats-Unis (*United States v. United States Steel Corporation*, 251. U. S. 417), qu'elle n'interdit pas à une société unique de contrôler la presque totalité de fabrication des machines pour l'industrie des chaussures (*United States v. United Shoe Machinery Co*, 247 U. S. 32), et ajoute : « Il serait vraiment étrange que le Congrès ait eu par la même loi, la volonté de dénier à un petit groupe de travailleurs le droit de s'unir

228. FRANKFURTER et LANDIS, p. 172.

229. LAMPERT et BROWN, A. ch. I.

230. 274 U. S. 37 (1927); 17 A. Lab. L. R. 139.

pour refuser simplement de travailler quand cette méthode était leur seul moyen de protection contre une coalition d'employeurs puissants et actifs... »

L'importance doctrinale de l'opinion de M. BRANDEIS dans le *Bedford Case* est considérable. Cette immixtion partielle des tribunaux dans les conflits du travail au moyen d'injonctions a suscité de vives discussions dans l'opinion publique américaine et de nombreux projets de loi ont été déposés devant le Sénat et la Chambre des Représentants ²³¹. Le problème était devenu moins aigu depuis 1927 ; la prospérité industrielle des Etats-Unis avait diminué les conflits ou facilité leur solution amiable. Mais la dépression économique actuelle, qui se prolonge, le posera à nouveau et dans des circonstances particulièrement difficiles.

L'adoption par la Cour de l'interprétation que la minorité a donné des lois *Sherman* et *Clayton*, permettrait à l'action ouvrière de se donner un cours pacifique. De récentes modifications législatives sont intervenues dans ce sens ²³².

Quelle « construction » leur donnera la Cour suprême ? Elle tiendra compte sans doute des circonstances exceptionnelles, de la persistance de l'opinion publique des divers Etats qui ont maintenu ou renouvelé la législation condamnée.

48. Affaiblissement de l'opposition judiciaire. — Dans ce domaine de la législation et des conflits du travail, les opinions dissidentes mettent en relief toutes les faiblesses et tous les dangers des arrêts de la Cour : adoption de doctrines économiques déterminées, ce qui n'appartient pas aux juges, mais aux législateurs ; conséquences dans la jurisprudence ; application partielle et contradictoire des textes de lois, s'il s'agit des ouvriers ou des patrons ; restriction sévère de l'action des syndi-

231. *A. L. L. R.*, 1928, p. 289, 317 ; FRANKFURTER et GREENE I et A, ch. IV et V. V. cependant E. F. WITTE I.

232. Loi du Congrès du 23 mars 1932 ; *Mont. Lab. R.*, juill. 1932, p. 66, 70 : *Anti-injunction Laws in Labor Disputes*.

cats ouvriers que la loi reconnaît pourtant ; conséquences sociales graves du conservatisme de la Cour : irritation et agitation ouvrière — surtout par suite de l'usage extensif sanctionné par la Cour suprême des « injonctions » — contre le Gouvernement des Juges²³³. L'intérêt de leurs analyses vigoureuses et de leurs critiques est considérable ; plus considérable encore est leur rôle comme facteur d'évolution. La jurisprudence de la Cour suprême s'oriente certainement vers les solutions plus souples, plus pratiques et plus exactes aussi qu'elles renferment. La législation du travail, aux Etats-Unis, marque un progrès plus rapide²³⁴. Les préjugés anciens, longtemps irrésistible, s'érodent. L'opposition des juges faiblit.

233. *Ill. L. R.* mars 1930, p. 772 *Social Consequences of Injunctions in Labor disputes*; F. B. SAYRE I.

234. 31 *Month. Lab. R.*, août 1930, p. 72 : *Labor legislation in 1929*; *Month. Lab. R.*, mars 1931, p. 108 « *Labor legislation of 1930*; *Month. Lab. R.* avril 1931, p. 58; *Month. Lab. R.*, avril 1932, p. 819 : *Labor legislation in 1931*; *Labor Recommendations in governor's messages*; Message du Gouverneur LEHMANN de N. Y. (mars 1933) in *Literary Digest*, 18 mars 1933; S. M. LINDSAY I, II; C. W. PIPKIN I; HOOVER, T. II, p. 847, 1437.

Section II. — Intervention de l'Etat dans la production des richesses.

49. Les degrés de l'intervention : « *affectation to the public interest* », « *Public Utilities* ». — La réglementation législative des entreprises, dans leur triple aspect juridique, technique et économique, a pris aux Etats-Unis, dans la deuxième moitié du xix^e siècle, un essor considérable (YOUNG : *The New American Government and its work*), qu'il s'agisse de la protection des ressources naturelles, de la répression des fraudes dans la production, au point de vue technique ; de la publicité et du contrôle des sociétés commerciales, au point de vue juridique ; du contrôle des prix et des coalitions de producteurs, au point de vue économique ; l'intérêt social exigeait l'intervention du législateur.

La réglementation ne suffit pas toujours, et les Etats sont intervenus d'une façon plus étroite encore dans la production ; ils ont transformé en services sociaux des services jusqu'alors privés, ou que l'initiative privée restait impuissante à assurer. Le plus souvent, ces services sont organisés en service concédé, en entreprises de service public ou d'utilité publique — *public utilities*. La distinction est de degré ²³⁵. L'industrie réglementée, affectée d'un intérêt public, « *affected with a public interest* », est soumise d'une façon générale au droit commun de l'activité économique. La *Public utility*, au contraire, est en principe régie par sa charte constitutive particulière, le droit coutumier et les statuts spéciaux ; elle ne retrouve la loi commune que pour obtenir le respect de ses droits constitutionnels essentiels.

Même si l'entreprise est affectée d'un intérêt public,

235. *Cotting v. Godard* 183 U. S. 79; WILLLOUGHBY A. § 1160.

le contrôle est variable. Il dépend des circonstances spéciales à chaque activité : tantôt on ne peut que prescrire des qualifications techniques et professionnelles, ou fixer un prix limite ou subordonner l'exercice de cette activité à l'autorisation administrative, tantôt ces diverses réglementations peuvent être combinées ou réunies²³⁶.

Le législateur, ici, c'est en principe celui des Etats particuliers de l'Union (§ 1).

Le législateur fédéral a complété l'œuvre locale, dans sa sphère propre de l'« *interstate commerce* », et aussi, d'une façon plus large, il a remédié aux abus que les Etats, de par leur impuissance, ne pouvaient atteindre (§ 2).

Nous constatons une évolution identique à celle que nous avons notée pour la législation du travail ; les deux problèmes sont très voisins, en effet ; nous passons simplement du travailleur au consommateur. L'organisation d'une protection collective sociale se justifie dans les deux cas pour les mêmes raisons.

Le contrôle des tribunaux — non application des lois inconstitutionnelles, extension ou restriction des textes appliqués sous couleurs d'interprétation — joue toujours. Mais nous rencontrons moins d'opinions dissidentes, car la Cour Suprême ne s'est pas opposée à la réglementation des entreprises, comme à celles des conditions du travail. Elle a laissé un large domaine au pouvoir de police des Etats.

Pour le montrer, il suffirait de citer les nombreuses lois des Etats tant sur les conditions techniques (produits impurs ou falsifiés interdits) que juridiques (*Blue Sky Laws* — combinaisons illégales — exigence pour les banques d'une garantie des dépôts qu'elles reçoivent...) et économiques (fixation d'un prix maximum : chemins de fer, greniers à grains, loyers) de la production.

236. *Wolff Packing Co v. Court of Ind. Relations* 262 U. S. 54 (1923); *Ribnick v. Mc Bride* 277 U. S. 350, 358; *Tyson v. Banton* 273 U. S. 431, 440-441; WILLOUGHBY A, § 1166.

La jurisprudence présente cependant des fluctuations importantes. Certains aspects de la réglementation juridique et économique des Etats ne trouvent pas grande faveur devant elle. Le pouvoir de police est limité par le *due process* et surtout par une théorie accessoire, la doctrine insaisissable et mouvante de l' « *affectation à un intérêt public* » ²³⁷.

De l'existence de l'intérêt public dépend la validité de la législation ; il s'agit moins d'un critérium que d'une étiquette dont la Cour décore ce qu'elle se propose d'approuver. On utilise encore le prétexte d'autres théories constitutionnelles : pouvoirs réservés du Congrès sur le commerce interfédéral ou international.

§ 1. *Législation locale.*

50. Réglementation technique : Boulangeries, Commerce de literie, Pharmacies. — Les restrictions purement techniques — celles qui tendent à protéger la santé ou la sécurité du consommateur, de l'usager — n'encourent généralement aucune censure ²³⁸.

La Cour en a jugé autrement dans deux cas où la réglementation lui a paru trop minutieuse ou de nature à porter un préjudice matériel considérable aux entreprises atteintes. Une loi de Nebraska exigeait des boulangers qu'ils établissent de strictes relations de mesures entre la forme et le poids de leurs pains, n'autorisant à produire que des pains d'un certain poids, fixait une tolérance-limite sur le poids ²³⁹. La Cour considéra cette réglementation comme parfaitement inutile et vexatoire. Dans une longue et précise opinion, BRANDEIS, approuvé par HOLMES et STONE, démontre, par une enquête scientifique sur les faits, les raisons d'être de

237. W. H. HAMILTON II; KEESER I; MC ALLISTER I.

238. R. A. BROWN III; BURDICK A, § 273, p. 605; WILLCOUGHBY A, § 1188.

239. *Burns Baking Co v. Bryan* 264 U.S. 504 (1924); V. LAMBERT in *Mélanges Hauriou*, p. 497.

la loi ²⁴⁰. Il aboutit à cette conclusion qu'elle protège également les acheteurs et les boulangers honnêtes. Mais il insiste sur le caractère accessoire de la démonstration. Il ne l'a entreprise que pour triompher sur le terrain choisi par la Cour elle-même. La véritable application constitutionnelle interdit à la Cour de se préoccuper de la sagesse de la législation, à plus forte raison du conflit possible des preuves.

De même, la Cour invalide une loi de Pennsylvania qui interdit d'utiliser des fils de laine et de coton provenant de tissus hors d'usage (*shoddy*) pour bourrer matelas, couvertures, édredons. M. HOLMES, au nom de ses collègues STONE et BRANDEIS, conteste ce jugement. Il était tout particulièrement qualifié. N'avait-il pas défini très justement en 1911, au nom de la Cour, le pouvoir de police : « ... Il s'étend à tous les grands besoins publics. Il peut être utilisé en aide de ce qui est sanctionné par l'usage ou considéré par la morale dominante ou par une opinion forte, prépondérante, comme immédiatement nécessaire au bien public ²⁴¹. »

La Cour était donc mal fondée à invoquer l'Amendement XIV « ... Je pense, écrivit M. HOLMES, que dans cette affaire nous poussons l'Amendement XIV trop loin ²⁴². »

Il semble bien que ce soient là décisions d'espèces et non de principe. Le principe, c'est la minorité qui l'exprime.

Ainsi, au même moment, la Cour accepte qu'une Compagnie de chemins de fer soit obligée de remplacer deux passages à niveau par deux ponts. La dépense est considérable ; elle est malgré tout raisonnable selon l'arrêt ²⁴³. Une loi d'Utah interdit la publicité concernant le tabac et les cigarettes par voie d'affiches en tous

240. M. le Prof. LAMBERT, *op. cit.*, p. 498 la qualifie « parfait modèle de la dissertation économique appliquée ».

241. *Noble State Bank v. Haskell* 219 U. S. 104 (1911).

242. *Weaver v. Palmer Bros Co* 270 U. S. 402, 415 (1925).

243. *Lehigh Valley R. R. v. Board of Commissioners* 278 U. S. 424 (1928).
27 *Mich. L. R.* 810; cf. *Lambert v. Yellowley* 272 U. S. 581 (1926).

lieux. C'est un exercice valide du pouvoir de police ²⁴⁴.

Il n'est pas interdit au législateur de prescrire les qualifications professionnelles nécessaires pour être admis à pratiquer certains métiers. Les tribunaux ont ainsi reconnu la constitutionnalité de lois créant un système d'examens et de licences pour les plombiers, les électriciens, les coiffeurs ²⁴⁵.

Une loi de Pensylvanie décidait qu'à l'avenir, dans toute pharmacie créée sous forme de société, tous les associés ou actionnaires devaient posséder le diplôme de pharmacien. Elle avait évidemment un but à la fois social et technique : essayer d'arrêter les faillites très nombreuses de propriétaires de pharmacies ruinés par la concurrence des grosses sociétés à succursales multiples ²⁴⁶; ces sociétés présentaient un autre danger ; par leur transformation en véritables bazars, de graves négligences se produisaient dans la préparation des ordonnances.

Une *Chain-Drug Store* se vit refuser la permission d'établir deux nouvelles pharmacies dans l'Etat : elle contrevenait à la loi. Elle en appela aux tribunaux. L'affaire vint devant la Cour Suprême qui déclara la loi inconstitutionnelle. Les juges HOLMES et BRANDEIS, une fois de plus, se séparèrent de leurs confrères. Pour eux, la loi est un exercice très raisonnable du pouvoir de police. Elle est conforme à la jurisprudence de la Cour.

« ... Une argumentation ne semble pas nécessaire, écrivit M. HOLMES, pour montrer que le divorce entre le pouvoir de décision et la connaissance est un mal. » ²⁴⁷

C'est le cas pour les pharmacies. On comprend mal

244. *Packer Corp. v. Utah* 285 U. S. 105 (1932); cf. *Advance-Rumley Thresher v. Jackson* 287 U. S. 283 (1932).

245. V. pour les soins de beauté *Garison v. Reed* (1932) 79 A. L. R. 1119; mais les arrêts anti-interventionnistes de la Cour suprême fédérale continuent d'inspirer les décisions de certaines Cours suprêmes d'Etat : HAINES III, p. 587 (réglementation de la profession de *comptable public*, inconstitutionnelle).

246. LAIDLER A, p. 370.

247. *L. K. Liggett Co v. Baldridge* 278 U. S. 105, 114 (1928); WILLOUGHBY A, § 1186; 42 H. L. R. 435.

la solution de la Cour qui n'a d'ailleurs pas été émue par les *dissents* ^{247 bis}. Peu de temps après, la Cour validait une loi de New-York exigeant la présence d'un médecin oculiste qualifié dans tous les magasins d'opticiens où l'on vendait des verres sans ordonnances ²⁴⁸.

51. Réglementation juridique. Régime de l'autorisation administrative. — La liberté du commerce est atteinte plus directement quand une autorisation administrative préalable à l'organisation de l'entreprise est exigée par la loi. C'est le régime des licences, des « *certificates of convenience and necessity* », selon la terminologie américaine ²⁴⁹. Il tend à rapprocher les entreprises que l'on veut y soumettre au régime des *public utilities* ; car en délivrant la licence, l'administration se réserve un droit de contrôle plus ou moins étendu. Il permet, par exemple, d'éviter la multiplication d'entreprises similaires à un point déjà bien desservi et d'assurer la production et la distribution du produit là où le commerce libre est insuffisant. Les pouvoirs d'inspection préviennent les fraudes et autres abus. La validité du « *certificate* » ne fait aucun doute si le service fait partie des *public utilities*. Dans ce cas, l'Etat est fondé à assurer par ce moyen un monopole au concessionnaire déjà existant, ou bien à prévoir dans tous leurs détails les modalités d'exécution et d'opération du service. Le *certificate* remplace la charte ou la franchise de concession.

Mais s'il tend à créer une catégorie intermédiaire entre le service public concédé et l'entreprise affectée à l'intérêt public — le service quasi-public (ou *public*

^{247 bis}. Elle s'exprime ainsi : « L'affirmation, que le simple fait d'être propriétaire d'une pharmacie, sans être pharmacien, a une relation raisonnable avec la santé publique, repose en dernière analyse sur une simple conjecture qu'rien de substantiel ne soutient. »

²⁴⁸. *Roschen v. Ward* 279 U. S. 33; et la Cour suprême de N. Y. vient de valider une loi identique à celle de Pennsylvanie *In re Haugh* 231 N. Y. Supp. 81; 27 Ill. L. R. 303 (1931).

²⁴⁹. F. P. HALL I; W. O. WILLHOFT I.

business — à quelles conditions ce régime de l'autorisation administrative sera-t-il valable ?

La jurisprudence de la Cour Suprême est extrêmement imprécise ; malgré des arrêts de principe anciens très libéraux, elle est nettement défavorable, au cours de la période que nous étudions. Un arrêt très récent montre, au contraire, une tendance nouvelle ²⁵⁰.

a) **Agences d'immigration.** — La compétence exclusive du Congrès sur le commerce international est invoqué par la Cour pour invalider une loi de Pensylvanie, établissant une réglementation modérée des agences d'immigration. La loi exigeait des vendeurs de billets de paquebots pour l'étranger qu'ils obtiennent une licence délivrée par la Commission des Banques, sur paiement d'une taxe peu élevée, destinée à couvrir les frais de contrôle et d'inspection, et après versement d'une caution. La majorité voit là une gêne directe apportée au commerce international. La règle n'est pas cependant rigide. Si la réglementation est purement locale, si le Congrès n'est pas intervenu, si le commerce n'est pas véritablement entravé, l'intervention des Etats particuliers est tolérée ²⁵².

L'analyse des *dissents* (BRANDEIS, STONE, HOLMES) nous ramène aux faits. Cet exercice du pouvoir de police est légitime. Les agences d'immigration abusent souvent de la confiance de pauvres gens, mal informés, Américains de fraîche date. L'immigrant précède sa famille ; il épargne pour obtenir le prix du passage et en remet le prix petit à petit à l'agence. On comprend la nécessité d'une caution.

Au point de vue juridique, la transaction est purement interne. La loi n'a pas de conséquences néfastes

250. *Stephenson v. Binford*, 6 décembre 1932. V. *infra*, n° 52.

251. *Di Santo v. Pennsylvania* 273 U. S. 34 (1927) ; WILLOUGHBY A. § 436 ; cf. la décision un peu plus ancienne : *Lemke v. Farmer's Grain* 258 U. S. 50 (1922) où la Cour invalide, sous un prétexte semblable, une loi du North Dakota, ayant pour but de protéger les fermiers contre le fraude, en matière de vente d'engrais ; *dissent* des juges HOLMES et CLARKE.

252. 26 *Mich. L. R.* 102.

sur le commerce international. Il s'agit d'une simple loi d'inspection ; la Cour les a bien souvent validées. Elle s'y refuse en l'espèce et la constitution n'a rien à y voir ²⁵³.

52. b) Entreprises de transports privés. — La constitutionnalité du régime de l'autorisation administrative, en dehors du domaine des *public utilities*, a été soulevée ces dernières années en matière de transports. La réglementation est née de la concurrence de l'automobile et du rail. Les transports ferroviaires de voyageurs et de marchandises ont vu rapidement diminuer leur trafic local. Les voituriers publics pouvaient être atteints : leurs entreprises constituent des services publics. Les Etats ont pu diminuer leur nombre ou réaliser un monopole et fixer les tarifs. Mais cette réglementation demeurerait inefficace ; elle ne s'applique pas aux entreprises privées de transport, beaucoup plus nombreuses, qui font une concurrence désastreuse aux entreprises concédées, pourtant nécessaires, car elles assurent un service continu et ouvert à tous ²⁵⁴.

L'entrepreneur privé, c'est celui qui assure uniquement et *spécialement* le service de transport de quelques firmes. Il ne fait pas un appel général au public. Le petit nombre de ses clients le sépare du voiturier public. Le volume de ses transports peut être considérable. La distinction est assez lâche. Elle ne repose pas sur l'organisation d'un système permanent de transports, à heures fixes, par des itinéraires déterminés. Certains Etats ont établi une présomption ; en Wisconsin, le transporteur qui bénéficie de trois contrats différents est considéré comme un voiturier public ²⁵⁵.

La plupart des Etats de l'Union ont établi des mesures de contrôle ; le plus souvent appliquant sans changement, au transporteur privé, la réglementation prévue

²⁵³. 36 *V. L. J.* 706 ; 27 *Col. L. R.* 573 ; 22 *Ill. L. R.* 197.

²⁵⁴. L. BROWN et N. SCOTT I ; D. E. LILIENTHAL et I. S. ROSENBAUM I A II et III. cf. S. GEORGE I.

²⁵⁵. BROWN et SCOTT I, p. 536-37 ; LILIENTHAL et ROSENBAUM I, p. 175.

pour le voiturier public. Cette législation a été invalidée par la Cour Suprême. Elle aboutit à transformer une entreprise privée en entreprise publique sans compensation. La règle du « *due process* » est violée ²⁵⁶.

Dans une espèce analogue, la Cour a appliqué les précédents. Cette fois, la distinction des deux réglementations était possible ; la minorité a protesté ²⁵⁷.

Une loi de Californie de 1917 (modifiée en 1919) ²⁵⁸ exige une licence administrative de tout entrepreneur de transport assurant un service régulier entre des points fixés, par un itinéraire déterminé. Cette licence (seule) permet au transporteur d'utiliser les routes de l'Etat. D'autre part, la loi soumet les tarifs, la comptabilité, l'exploitation au contrôle de la Commission des chemins de fer. La section 10 de la loi précise que les différentes dispositions sont indépendantes les unes des autres, ceci pour éviter une déclaration d'inconstitutionnalité générale. Mais la Cour ne s'attarda pas à ces distinctions. Adoptant l'interprétation de la Cour Suprême de Californie, qui cependant avait admis la validité de la loi, elle constate que la loi a pour effet de soumettre implicitement et inévitablement le transporteur privé aux obligations du voiturier public. Un décret du législateur ne peut opérer une telle transformation. Une entreprise privée de transports de fruits travaillant pour un seul contractant, même si elle répond à la description de la loi, n'a pas à s'y conformer.

Les juges HOLMES, BRANDEIS et MC REYNOLDS se séparent de leurs collègues. HOLMES remarque que la seule question qui se pose est de savoir si une autorisation administrative préalable peut être exigée d'un entrepreneur de transports privés. Les autres clauses de la loi ne sont pas en cause ; elles n'ont, d'ailleurs, pas d'influence sur la constitutionnalité du point soulevé, en vertu de la section 10.

²⁵⁶. *Mich. P. U. Commission v. Duke* 266 U. S., 570 (1926); 24 Col. L. R. 528.

²⁵⁷. *Frost v. Railroad Comm.* 271 U. S. 583 (1926); 40 H. L. R. 131, 882; WILLOUGHBY A p. 212, § 606.

²⁵⁸. *Calif. Gen. Laws*, art. 5129.

Où s'arrête le pouvoir réglementaire de l'Etat ? Le savant juge convient que l'appréciation est délicate ²⁵⁹.

Il n'hésite pas à admettre la nécessité d'une licence. La sécurité de la circulation légitime la réglementation. L'Etat pourrait interdire au surplus l'usage des routes ; un strict contrôle ne lui est pas défendu.

Le juge SUTHERLAND, au nom de la majorité, avait répondu, par avance, que la protection ou la conservation des routes n'était pas en cause. De toute évidence, la loi n'a pour but, à son avis, que d'assurer un monopole de fait aux voituriers publics.

La Cour confirme sa jurisprudence une troisième fois en 1931 ²⁶⁰. Elle n'interdit pas aux Etats toute réglementation de cette catégorie d'entreprise, à condition qu'elle ait pour effet direct et essentiel d'assurer le trafic sûr et normal de leur réseau routier.

Le 5 décembre 1932, elle validait une loi du Texas répondant à ces conditions. Le juge SUTHERLAND prononce cette fois encore l'arrêt de la Cour. Seul, le juge BUTLER exprime son désaccord ²⁶¹.

A l'analyse, on découvre que c'est là un véritable revirement de jurisprudence. Le juge SUTHERLAND, responsable des anciennes opinions, s'efforce pourtant de les distinguer.

Dans un même texte, la législature du Texas a créé deux séries de réglementation, l'une concernant les voituriers publics, l'autre les entreprises de transport privé. On ne peut exercer ni l'une ni l'autre activité sans autorisation administrative. Dans le premier cas, l'autorisation est dénommée « *Certificate of convenience and necessity* », dans le second « *permis* ». L'application de la loi est confiée à la Commission des chemins de fer qui peut refuser le « permis » si le service est assuré

259. *D. O.*, p. 132 : « La frontière ne peut être tracée au moyen d'un principe général, mais il faut fixer ses différents points en pesant les faits particuliers. »

260. *Smith v. Cahoon* 283 *U. S.* 553; V. cependant *Hodge v. Cincinnati* 284 *U. S.* 335 (1931).

261. *Stephenson v. Binford U. S. Daily*, 6 déc. 1932; 31 *Y. L. J.* 395 (1933); 27 *Ill. L. R.* 942 (1933).

convenablement par les voituriers publics. Elle peut prescrire un tarif minima et établir un règlement de sécurité. La section 22 *b* de la loi contient une déclaration de principes. Les entreprises de transport privé sont affectées à l'intérêt public. Les dangers de la circulation, la conservation des routes rendent nécessaire l'intervention de l'Etat.

Le juge SUTHERLAND démontre que la loi ne supprime pas l'activité légitime des transporteurs privés. Un double régime est créé. Sans doute, bien des dispositions sont identiques ou similaires dans les deux cas, mais cela n'est pas interdit. Les précédents sont donc inapplicables en l'espèce et il va considérer la légitimité de la loi en soi.

La protection du réseau routier appartenant au domaine public lui semble la fin recherchée. L'intensité du trafic est un danger pour la sécurité de la circulation ; elle aboutit à une dégradation rapide de la route. Les mesures prises sont raisonnables. Autorisation préalable, tarifs minima, ont pour effet de réduire l'intensité du trafic.

Elles ne sont pas sans rapport avec le but envisagé. La Cour n'a pas à en connaître d'une façon plus précise. C'est l'affaire du législateur²⁶². Il termine en comparant les pouvoirs de l'Etat sur l'usage de ses routes aux pouvoirs qu'il possède quand il fait exécuter des travaux publics. Alors l'Etat peut prescrire un minimum de salaire, des heures de travail limitées. Le même principe gouverne, selon lui, les deux hypothèses.

En réalité, le Juge applique la théorie du dissent de HOLMES dans le *Frost Case*²⁶³. Les distinctions sont de pure forme. Le but essentiel de la loi de Texas comme de celle de Californie, c'est bien la protection du trans-

262. « Nous n'avons pas à considérer si la loi dans tel autre aspect serait bonne ou mauvaise. Il suffit pour confirmer sa validité que, ouvertement, un de ses buts soit la conservation des routes. Si la législature a eu un but différent ou additionnel qu'en soi elle n'a pas le pouvoir constitutionnel de rendre efficace, cela ne saurait avoir pour résultat d'invalidier la loi »

263. *D. O.*, p. 132, 133.

porteur public, routier et ferroviaire. Peut-on croire qu'une rédaction plus habile, une déclaration de principe aient suffi à désarmer la Cour, si son point de vue n'avait pas évolué ? La Cour applique ici les règles de la méthode sociologique et accepte l'auto-limitation du contrôle judiciaire qu'elles impliquent. Les résistances n'ont cependant pas toutes disparu, et une présentation convenable et modérée d'une loi qui permet de sauver les apparences contribue efficacement à les réduire. Quelques mois auparavant, la Cour n'avait pas accepté le régime de l'autorisation pour les usines de glace artificielle ²⁶⁴. L'appel émouvant que le juge BRANDEIS adressait à ses confrères, à ce moment, confirmé par les rapides progrès du cataclysme économique, l'acuité du problème des transports, ont contribué sans doute à modifier l'attitude de la Cour.

Cette expérience américaine sur l'organisation des transports nous intéresse à un double point de vue. La réglementation municipale du trafic routier urbain et interurbain pour assurer aux services concédés une exploitation rémunératrice se heurte en France sur un plan différent aux mêmes difficultés. Le conflit oppose le règlement et la loi, comme aux Etats-Unis la loi et la Constitution. De part et d'autre, les mesures de police les plus strictes sont légitimes, mais la liberté du commerce doit être respectée. La même évolution se dessine qui, malgré tout, aboutit à la protection à peine voilée du service concédé par la création d'un monopole de fait ou à l'institution expresse d'un monopole de droit ²⁶⁵.

Nous serons bientôt obligés d'aborder la seconde étape, la concurrence du rail et de la route. Si les difficultés techniques sont comparables à celles des Etats-Unis, le

264. *Nev. State Ice Co v. Liebman*, v. *infra*, n° 53.

265. C. E., 9 déc. 1932, Ville de Cherbourg, conclusions de M. le Commissaire du gouvernement Josse, *R. des Concessions* (1933), p. 20, 35-36 ; C. E., 29 janv. 1932, Ville de Cannes, *R. des Concessions* (1933), p. 16 ; S. 1933.3.9 ; S. 1932.3.65 ; C. E., 13 janv. 1933, Mironneau, S. 1933.3.41 et les notes de M. LAROQUE.

problème juridique ne se complique pas du contrôle judiciaire de la législation envisagée ²⁶⁶.

Pour apprécier l'exacte portée de la décision, il faut souligner que la Cour n'a pas fait intervenir le critérium de « l'affectation à l'intérêt public », mais celui d'un usage commercial de la voie publique ; elle conserve, malgré son évolution, sa rigueur ancienne au principe de la liberté économique. C'est une véritable guerre de positions que se livrent les groupes différents de la Cour. Les juges libéraux ne remportent encore que des succès partiels et limités.

53. c) Fabrication de la glace artificielle. — Ils échouent quand on vient contester la validité d'une loi d'Oklahoma qui subordonne l'exploitation de fabriques de glace artificielle à une autorisation administrative préalable sous forme de « *certificate of public convenience and necessity* ». La commission compétente de l'Etat ne peut accorder la licence si les besoins du public sont satisfaits par les exploitations existantes ²⁶⁷.

Les circonstances du litige sont assez curieuses ²⁶⁸. C'est à la requête d'une société dûment autorisée qui voit s'installer un concurrent illicite qu'il s'engage. Ceci permet au juge SUTHERLAND, pour la majorité, d'affirmer que la société veut surtout protéger son monopole et non les intérêts du consommateur. M. L.-D. BRANDEIS répond que le concurrent Liebmann attaque la validité de la loi, sans même avoir fait une demande d'autorisation. Il ignore si elle lui aurait été refusée. Il se place volontairement hors des conditions et des nécessités locales.

Après ces escarmouches, la Cour procède à une enquête sur les faits. Enquête insuffisante, superficielle,

266. Interpellation au Sénat sur la politique des transports du gouvernement, *J. O.*, Déb. Parl., mars 1932.

267. *Oklahoma Laws*, 1925, C. 147.

268. *New State Ice Co v. Liebmann*, 32 *Col. L. R.* 913; 17 *Corn. L. J.* 629; 30 *Mich. L. R.* 1277; 27 *W. I. R.* 557; *Month. Lab. R.*, mai 1932, p. 1073; sur le caractère de « *public utility* », de service public de la fabrication de la glace v. *MOTT A* § 207.

qu'il convient pourtant de signaler ; elle marque un progrès sur l'expression de généralités vagues dans les décisions antérieures. Selon M. SUTHERLAND, la fabrication de la glace, au même titre que l'exploitation d'une boucherie ou d'une crèmerie, a droit à la protection traditionnelle que la Common Law apporte à la liberté d'exercer un commerce légal et privé. Cette liberté est cristallisée dans le XIV^e Amendement.

C'est là une activité simple, chacun peut fabriquer facilement sa glace.

Le but de la loi n'est pas le contrôle d'un monopole de fait, mais son encouragement.

La Cour avait cependant admis une réglementation identique de l'industrie du coton²⁶⁹. Le juge distingue les deux espèces. La production du coton est une ressource essentielle de l'Etat. Son importance primordiale justifie, dans l'intérêt général, les mesures législatives prises pour assurer sa continuité.

Le dissent du juge BRANDEIS est un modèle du genre. Il apporte une démonstration saisissante de la validité de la loi. Remonter à la Common Law pour apprécier le régime de l'autorisation administrative lui semble une erreur. Le « *certificate of public convenience and necessity* » est une création de l'âge de la machine, qui remplace l'atelier par l'usine, l'artisan par la grosse société. Eviter le gaspillage, les hauts prix, le mauvais rendement d'entreprises isolées et concurrentes est une œuvre d'intérêt public. Les restrictions apportées à la libre concurrence dans ce but ne sont pas nouvelles. Le domaine des transports, de l'énergie électrique en offre maints exemples.

Trois principes dominant le contrôle judiciaire. Il ne peut sanctionner une conception statique, fixe, de l'intérêt public. Il ne s'exerce pas sur l'*opportunité* des mesures législatives. Le juge n'intervient que si la Cour a la preuve décisive de leur caractère *arbitraire*. A la lumière de ces règles déterminées, il va se livrer à une enquête

269. *Frost v. Corp. Commission*, V, *infra*, n° 54.

minutieuse sur les faits révélés par le dossier, par la documentation économique que les statistiques, les études des spécialistes techniciens mettent à la disposition de tous.

Il ne s'agit pas d'apporter la preuve juridique de la légitimité de la loi, mais simplement de constater l'existence d'un état de fait suffisant pour autoriser l'intervention du législateur.

Le juge enregistre alors un ensemble impressionnant de circonstances justificatives.

En Oklahoma, la glace est aussi nécessaire que l'eau, le gaz ou l'électricité. La chaleur moyenne est très élevée. Le développement de l'industrie a créé une nécessité nouvelle : l'usage de la glace assure une meilleure hygiène alimentaire aux habitants. Les produits agricoles de l'Etat ne peuvent être conservés et transportés que grâce à la réfrigération. La nécessité de l'autorisation permet à la Commission d'exiger des fabricants qu'ils desservent certaines collectivités rurales éloignées ; une exploitation prospère des produits de la terre a pu s'y développer, qui repose uniquement sur la possibilité d'obtenir régulièrement de la glace artificielle. La Cour relevait l'existence de glaciers électriques, permettant la fabrication à domicile ; L.-D. BRANDEIS remarque, citant des statistiques sur la lente progression du commerce, que ce mode de réfrigération demeure un luxe.

Il note la tendance de l'industrie au monopole, facilité par la nature du produit (unique, sans substitut) et par le fait que de nombreux services publics concédés, distributeurs d'énergie, interviennent dans ce domaine. Le marché est local, les besoins de la clientèle sont stables : la lutte folle pour le monopole donne lieu à une concurrence destructrice entre les entreprises.

L'expérience économique se complète d'une longue expérience législative. La réglementation de l'industrie, très ancienne, remonte à 1908, la plupart des usines possédant un monopole virtuel. La « Commission des Sociétés » réservait un jour par semaine aux affaires de glace artificielle avant 1925. Le vote de la loi spéciale est le résultat de cette situation.

M BRANDEIS met ses confrères en garde contre une conception contestée et historiquement fausse de « l'affectation à l'intérêt public ». La seule réalité, c'est le pouvoir de police, de gouvernement de l'Etat, son domaine, ses frontières constitutionnelles. L'attitude de la majorité de la Cour favorise l'action directe des Etats qui peuvent participer au commerce, sans pouvoir le régler.

Sa conclusion est dictée par les circonstances tragiques qui accablent les Etats-Unis. Les événements récents, les mesures d'*emergency* que le Président Roosevelt se voit obligé de prendre, lui donnent un relief et une vérité particulières :

« Le peuple des Etats-Unis est en face d'un péril plus grave que la guerre. La misère est répandue partout — à une époque non de disette, mais de surabondance. — La dépression longue et continue a provoqué un chômage sans précédent, une chute catastrophique des prix et un volume de pertes économiques qui menace nos institutions financières. »

La Cour ne peut découvrir de remèdes : elle ne doit pas interdire l'expérimentation locale qui, seule, permettra de découvrir quelque vérité.

« Les Etats et la Nation doivent posséder le pouvoir de refondre, grâce à l'expérience, nos institutions et nos pratiques économiques. »

A cela, le juge SUTHERLAND répondait sévèrement : « Les Etats ne peuvent faire d'expérience transcendant à la Constitution. » Cette décision toute récente est notable, car elle constitue un dernier sursaut de la jurisprudence scolastique. Elle est déjà isolée au milieu d'arrêts révélant un tout autre esprit. Il est probable que les circonstances présentes la relègueront pour un certain nombre d'années parmi les précédents oubliés.

En tout cas on ne peut, en comparant cette décision avec le *Stephenson Case*, essayer de dégager une réglementation intermédiaire qui recevrait l'approbation de la Cour.

Dans cette dernière espèce, en effet, la Cour, écartant

expressément la notion de l'affectation à l'intérêt public, n'a pu en fixer à nouveau les limites. Il ne fait pas de doute que si la doctrine de l'arrêt des usines de glace devait se maintenir, elle conduirait assez rapidement à la substitution, toujours possible, d'entreprises publiques aux entreprises privées ou semi-publiques. Les partisans de l'économie classique, sur le banc de la Cour, veulent ignorer malgré tout ce danger. Peut-être pensent-ils le réfréner, s'il se précise, par le jeu des clauses obscures de la Constitution ^{269 bis}.

54. II. Inconstitutionnalité des privilèges des Coopératives. — Cette hostilité que la Cour marque aux formes nouvelles de l'économie se retrouve dans un arrêt de 1929, concernant les privilèges des coopératives. La Cour a préféré consacrer un monopole de droit au profit d'un industriel plutôt que d'accepter une législation qui plaçait ces organismes en dehors de la réglementation des entreprises privées ²⁷⁰.

Pour arriver à ce résultat, elle a dû faire subir aux notions juridiques les plus claires et les plus précises une déformation autrement inexplicable.

L'industrie de l'égrainage du coton, en Oklahoma, est un service public, « *public utility* ». Une loi de 1915, dont la validité, maintes fois reconnue par la Cour Suprême de l'Etat, n'a jamais été contestée devant la Cour Suprême fédérale, en a ainsi décidé ²⁷¹. Personne ne peut exercer cette activité sans avoir obtenu préalablement un permis d'une commission administrative. Le permis n'est délivré que s'il existe un état *reconnu de nécessité publique* dans la région où l'entreprise doit s'installer. La commission possède des pouvoirs réglementaires très larges ; elle est autorisée à fixer les tarifs.

^{269bis}. Nous aurions pu analyser cette affaire comme un refus de la Cour d'admettre un nouveau type d'activité dans la classe des « *public utilities* ». Mais la loi d'Oklahoma ne transformait pas encore l'industrie de la glace en service d'utilité publique ; la mesure de contrôle — par le moyen de l'autorisation obligatoire — constituait cependant une première et importante étape.

²⁷⁰. *Frost Corporation Commission* 278 U. S. 515 ; 22 Ill. L. R. 812.

²⁷¹. Okla. compiled Statutes 1921 § 3714.

En 1925, une exception à l'exigence de la nécessité publique reconnue est établie au profit des coopératives agricoles. Elles ont droit au permis si leurs statuts sont conformes aux lois sur les coopératives et si, de plus, elles présentent une pétition signée de cent citoyens et contribuables ²⁷².

C'est cette disposition que Frost, industriel autorisé, attaque. Car un concurrent le menace, la société coopérative Durant, qui a obtenu un permis en justifiant de cette pétition. Frost demande aux tribunaux jugeant en équité d'enjoindre à la Société de cesser ses opérations. Il prétend subir une atteinte injuste dans son droit de propriété et une discrimination illégitime, toutes les deux contraires à l'Amendement XIV. Les Cours inférieures repoussent sa demande. La Cour Suprême casse leur arrêt.

Elle invoque deux motifs. Le permis délivré par la commission n'est pas une licence. Il n'est pas simplement la constatation que les conditions légales d'exploitation sont remplies. Il constitue une véritable franchise, un contrat de concession, qui naît du fait que le particulier accepte de remplir un service public ²⁷³. C'est bien là un droit de propriété au sens du XIV^e Amendement. Ce droit de propriété, Frost peut le faire valoir contre tous ceux qui opèrent sans permis ou avec un permis nul. Il en est ainsi quand la licence est accordée à d'autres dans des conditions moins sévères.

En particulier, on ne peut accorder l'autorisation plus facilement à une coopérative par actions. Ce type d'associations n'est pas différent des entreprises commerciales. Il n'a aucun rapport avec les sociétés coopératives mutuelles. La classification est arbitraire ; la disposition de la loi qui la prévoit, inconstitutionnelle.

Le porte-parole des juges de la minorité, M. BRANDEIS, n'a pas de peine à démontrer l'insuffisance de cette construction. Un certain nombre de principes juridiques indiscutables ne permettraient pas d'accueillir la demande de Frost.

272. Lois de 1925, C. 109.

273. U. S. 519.

Cette protection relative contre la concurrence, Frost ne la tient que de la loi. Il ne peut à la fois attaquer la loi et s'en réclamer. De nombreux précédents qualifient cette règle ²⁷⁴.

La Cour Suprême fédérale ne peut interpréter la loi d'un Etat et rechercher si elle crée un véritable droit de propriété. C'est le privilège de la Cour Suprême de l'Etat ; or, celle-ci s'est prononcée. Elle a jugé le contraire. Sa décision doit être respectée. Frost, n'ayant aucun droit à protéger, n'a pas d'action.

Il a d'ailleurs obtenu un permis. C'est tout ce qu'il peut exiger. A la rigueur, on comprendrait la plainte d'un industriel qui se serait vu refuser l'autorisation, en l'absence d'une *nécessité publique*, bien qu'au même moment la Société Durant l'ait obtenue. M. STONE insiste sur ce point dans un court dissent ²⁷⁵.

Enfin, même si l'on considère que Frost a bénéficié d'une franchise, d'une concession, encore faut-il en établir la portée. La franchise peut être octroyée par l'Etat aux conditions qu'il lui plaît de fixer. Il a pu prévoir un régime spécial pour les coopératives.

Les motifs de droit ne manquaient pas ²⁷⁶. La transformation que réalise la Cour, d'une licence en franchise, est troublante. L'autorisation obtenue par Frost est du type des « *Certificates of convenience and necessity* ». De plus, quand il s'agit de savoir si l'on est en présence d'une licence ou d'une franchise — la question peut être délicate — il y a une présomption formelle en faveur de l'existence d'une licence ²⁷⁷. La Cour ne s'y arrête pas.

Elle rejette le premier argument de M. BRANDEIS en distinguant la loi et sa modification ultérieure. Une séparation chronologique devient une séparation juridique.

274. *United Gas Co v. R. R. Commission* 278 U. S. 307 (1928).

« ... Celui qui demande aux autorités d'un Etat d'agir en vertu des lois de cet Etat, ne peut, par la suite, s'il n'est pas satisfait du résultat, attaquer leur action en soutenant que la loi qui a permis l'action heurte la Constitution. »

275. U. S. 551.

276. 29 *Col. L. E.* 833; 28 *Mich. L. R.* 179.

277. WILLOUGHBY A., p. 1225.

Frost peut ainsi invoquer la loi et plaider la nullité d'une disposition qui la complète, sans violer un principe établi.

Un tribunal français aurait saisi ces occasions de pur droit pour disposer de l'affaire sans toucher au nœud du problème : le statut des coopératives. La Cour Suprême les écarte, au contraire, pour définir sa politique en la matière. Cette politique leur interdit toutes les méthodes d'organisation qui peuvent — l'expérience le montre — les assurer du succès : capital obtenu par voie d'actions, clientèle de non-adhérents, vente aux prix courants du marché, répartition de dividendes. Cependant, cette structure externe nécessaire ne porte pas atteinte à la fonction sociale des coopératives. Cette recherche, que la Cour ne fait pas, M. BRANDEIS l'entreprend, selon son système, en accumulant les informations économiques et historiques. La coopérative poursuit une double fin : socialiser les intérêts de ses membres, échapper à la mainmise des capitalistes. « Le but, c'est la démocratie économique, sur un plan de liberté, d'égalité et de fraternité. » ²⁷⁸

La coopérative par actions de l'Etat d'Oklahoma n'est pas une entreprise commerciale : chaque adhérent ne peut souscrire plus de \$ 500 d'actions, sur lesquels il reçoit un intérêt limité ; personne ne possède plus d'une voix ; une partie du trop-perçu, en dehors du fonds de réserve, est employée dans des buts éducatifs ; le reste revient aux membres proportionnellement aux opérations qu'ils effectuent.

Les coopératives mutuelles qui ont l'approbation de la Cour s'assurent un capital par voie de cotisation et d'emprunt ; elles ne travaillent pas seulement avec leurs membres.

Le juge BRANDEIS, évoquant l'histoire du mouvement coopératif, depuis les pionniers de Rochdale, s'attache à montrer que les formes critiquées par la Cour sont traditionnelles. L'appel aux clients est un moyen de propa-

278. *U. S.* 536 ; *W. HAMILTON J.*

gande. La vente au prix courant évite l'hostilité des commerçants. La plupart des coopératives présentent ces caractéristiques. Le Congrès favorise ce type nouveau d'entreprise. Les lois sur les trusts ne leur sont pas applicables. Il échappe à l'impôt sur le revenu. Il n'appartient pas à la Cour de fixer immuablement les cadres d'une activité économique en pleine évolution. Les experts recommandent ces expériences diverses, elles permettent de découvrir les types les mieux adaptés ²⁷⁹.

L'existence de tous ces éléments de fait justifie la classification, elle est raisonnable ; la Constitution ne l'interdit pas. Et le juge termine son dissent en remarquant que, seule, la coopération permet aux fermiers de lutter efficacement contre des prix prohibitifs. Les tarifs fixés par la commission administrative sont encore trop élevés. Mais cette situation pourrait être corrigée directement.

Cette affaire nous présente un débat purement doctrinal et social ; il emprunte la forme classique des arrêts de la Cour Suprême, où le droit n'est plus qu'un système technique d'expression, un langage subordonné aux conclusions adoptées par les juges. Le résultat paradoxal, c'est la création, en faveur d'une entreprise, d'un monopole que, le plus souvent, la Cour refuse énergiquement de sanctionner.

55. III. Mesures fiscales. Taxes spéciales sur les Sociétés commerciales. — Certaines interventions économiques peuvent être tentées par la voie fiscale. En principe, il n'est pas interdit aux Etats d'utiliser ainsi leur pouvoir d'imposition. La garantie du XIV^e Amendement demeure.

La protection du petit commerce contre les grandes firmes a été souvent recherchée par des taxes différentielles. La Cour Suprême a invalidé une loi de Pennsylvanie qui imposait les sociétés sur leur recette brute, sans

279. U. S. Dpt. du Travail « Cooperative movement in the U. S. in 1925 », n° 437. En 1930, la Cour a d'ailleurs fait preuve de plus de compréhension à l'égard des coopératives : *Corporation Commission v. Lowe* 281 U. S. 431 (1930).

assujettir les individus commerçants ou industriels. Elle considère que la discrimination est arbitraire et ne repose sur aucune différence réelle ^{279 bis}. Les juges de la minorité (HOLMES, BRANDEIS, STONE) maintiennent que la politique de l'Etat de décourager, par l'impôt, les sociétés anonymes, est légitime ; personnes morales et individus forment des classes distinctes. La Constitution ne s'oppose pas à cette discrimination. La Cour n'a pas à juger des motifs du législateur.

La législation est très ancienne. Elle est née en 1840 ; la loi attaquée date de 1889. De nombreuses raisons l'expliquent ; la forme sociale apporte aux membres des avantages sérieux. L'Etat peut craindre le développement de sociétés trop puissantes, menace à la liberté des citoyens ; elle aboutit à la soumission étroite du Travail au Capital. Le péril de mainmorte apparaît. L'imposition permet de ralentir ce mouvement dangereux. Cette situation de fait suffit à justifier l'action législative.

En 1931 se produit un revirement. La Cour admet un impôt qui frappe très lourdement les sociétés à succursales multiples et n'atteint presque pas les propriétaires de un ou deux magasins. Elle reconnaît qu'il y a là une question de politique publique qui lui échappe et qu'en matière de taxation le pouvoir de l'Etat est grand. Il suffit qu'une petite distinction existe — la valeur de l'entreprise n'est pas le seul critérium — ; la classification est valable ^{279 ter}.

Mais toutes les discriminations ne sont pas légitimes. Un arrêt récent marque un certain recul sur cette jurisprudence. Une loi de Floride fixait un impôt progressif sur les sociétés à succursales multiples, distinguant celles dont toutes les succursales se trouvaient dans le même

^{279bis}. *Quaker City Cab Co v. Penna* 277 U. S. 389 (1928); HOOVER A., p. 1435; cf. *Chain Store-Taxation — Constitutional Questions*, 31 Col. L. R. 145 (1931).

^{279ter}. *State Board of Taxation v. Jackson* 283 U. S. 527 (1931); cf. BURDICK A., § 281; 27 Ill. L. R. 89; 30 Mich L. Rev. 274; 18 Va L. R. 72; 46 H. L. R. 155.

comté, qui étaient frappées d'une taxe moins lourde. La loi est inconstitutionnelle. La distinction repose uniquement sur la situation géographique des agences ; elle est déraisonnable et ne trouve aucun appui dans l'expérience économique ^{279 quater}.

L'impôt progressif déterminé par le nombre de succursales est seul justifié. L'opinion de la Cour évoque les procédés fâcheux de la méthode scolastique.

Les juges BRANDEIS, CARDOZO et STONE refusent de s'y associer. M. CARDOZO montre que la distinction, invalidée par la Cour, est à la base d'une classification économique pertinente des sociétés. Chaque catégorie de *Chain-stores*, locale, régionale, nationale, peut être l'objet d'une réglementation différente. L'Etat peut craindre les sociétés qui rayonnent sur tout le pays ; celles dont l'activité est purement locale, restreinte aux limites du comté, ne lui causent pas les mêmes inquiétudes.

Le juge BRANDEIS insiste sur le caractère essentiellement économique et social de la loi. Ce n'est que très accessoirement une mesure fiscale. Elle a pour but de protéger le petit commerce, écrasé par les trusts. Elle est dans la tradition américaine qui favorise l'entreprise individuelle et indépendante. Le juge trace un saisissant tableau de la formidable puissance anonyme des sociétés qui possèdent les deux tiers de la richesse des Etats-Unis. Il la compare à l'automate monstrueux, au Frankenstein créé par l'homme, qui bientôt ne peut le diriger ni en conserver la maîtrise.

« C'est une croyance très répandue, écrit-il en conclusion, que le chômage existant est en grande partie le résultat de l'inégalité formidable, dans la distribution des richesses et des revenus, que les sociétés géantes ont favorisée ; que par la maîtrise qu'un petit nombre exerce au moyen de ces sociétés géantes, l'action et l'initiative individuelles sont paralysées, que la véritable prospérité

^{279 quater}. *Liggett Co et Al. v. Lee*, 13 mars 1933 ; *U. S. Daily* du 18 au 25 mars, p. 5 ; *N. Y. Times* du 14 mars 1933, p. 18 ; *The New Republic*, 12. avril 1933, p. 230 ; 85 *A. L. R.* 699 ; 28 *Ill. L. R.* 288 (1933) ; Cf. *N. Y. Albany Light Co v. Lynch* 53 *Sup. Ct.* 400 (1933) ; 33 *Ccl. L. R.* 738.

du passé n'a pas été créée par les grandes affaires (*big business*), mais grâce au courage, à l'énergie et à l'esprit fertile des humbles ; que c'est seulement en enlevant à la maîtrise des sociétés anonymes les facultés de la masse obscure que les Américains pourront obtenir le développement moral et intellectuel essentiel au maintien de la liberté. » (*).

L'arrêt de la Cour sera critiqué. Il laisse reparaître certaines tendances de la jurisprudence antérieure à 1930 qui, par ailleurs, sont dépassées ²⁷⁹ *quinquies*. La Cour avait, au surplus, le moyen juridique d'écarter les prétentions des demandeurs. L.-D. BRANDEIS l'indique avec netteté. Les demandeurs sont des sociétés étrangères à l'Etat de Floride qui peut leur faire payer le privilège de faire des affaires sur son territoire ²⁷⁹ *sexties*. Ce prix, c'est justement la discrimination fiscale qu'ils combattent.

56. Réglementation économique. Prix et production.

L'essence du mécanisme économique classique, la libre fixation des prix, a reçu de la Cour Suprême, reconstituée en 1921, une protection absolue contre la réglementation. Pendant une période de dix années, l'Etat se verra interdire toute immixtion dans le jeu aveugle des forces économiques qui déterminent le juste prix ²⁸⁰. Une longue série de précédents favorables à l'intervention n'a pas ébranlé la Cour, qui continue à appliquer la même phraséologie judiciaire, pour interdire ce qu'ils approuvaient. Les juges de la minorité s'appliquèrent à démontrer l'incompétence de la Cour à modifier l'opinion raisonnable du législateur ; ils dénoncent le critérium de

(*). Cette opinion dissidente a été reproduite dans le journal de la Fédération Américaine du Travail (*American Federationist*, mai 1933, p. 470 sous ce titre significatif : *The People may Control*, adde R. J. PODEL I.

²⁷⁹*quinquies*. E. B. TOLMAN I, p. 282 : le juge CARDOZO reprenant les théories chères à O. W. HOLMES indique dans son dissent : « Il n'est pas besoin d'approuver ou de désapprouver le concept d'utilité ou d'inutilité reflété dans ces lois ».

²⁷⁹*sexties*, BURDICK A, § 206 et 254.

²⁸⁰ 39 Y. L. J. (1929) *The Use of the Public Interest Concept in Price-fixing cases*.

l'affectation à l'intérêt public, comme une simple pétition de principe, sans aucune valeur juridique.

La Cour l'applique en invalidant une loi de New-York qui limite à 50 cents le bénéfice qu'une agence de théâtre peut tirer de la revente des billets²⁸¹. Elle recherche si un intérêt public s'attache à l'exploitation des théâtres. Pourtant la loi ne fixait pas un tarif des places, mais la rémunération d'un courtier. La question de savoir si le courtage peut revêtir un intérêt public eût été pertinente.

Les juges de la minorité (HOLMES, STONE, BRANDEIS, SANFORD) opposent leur système juridique cohérent.

Pour M. HOLMES, on ne peut donner de définition juridique de l'entreprise frappée d'un « intérêt public ». D'ailleurs, il n'y a pas à la chercher. La réglementation est possible dès qu'aucune clause de la constitution n'est violée. Toute entreprise est sujette à la réglementation dès que l'opinion publique l'exige par le truchement de sa législature. « Les loteries étaient considérées comme d'utiles auxiliaires de l'Etat, il y a environ un siècle ; maintenant on les estime immorales et on les a supprimées. Le vin a été considéré comme bon pour l'homme de l'époque des Apôtres jusqu'à ces dernières années. Mais quand *l'opinion publique* changea, on n'eut pas besoin du XVIII^e amendement, malgré le XIV^e, pour permettre à un Etat de dire que sa fabrication devrait cesser... »²⁸²

Cette opinion est très libérale puisqu'elle donne toute latitude à la législature des Etats pour fixer des prix raisonnables. Mais M. HOLMES montre encore que si l'on veut chercher un « intérêt public » dans les entreprises théâtrales, il est facile de le trouver :

« ... Il me semble que les théâtres sont au moins autant voués à l'intérêt public qu'aucune autre chose peut l'être. Nous n'avons pas pour l'art le respect qui est une des gloires de la France... »

281. *Tyson v. Banlon* 273 U. S. 418 (1926) ; LAMBERT in *Mélanges HAU-RIOT*, p. 199.

282. *D. O. J.*, 85.

On pouvait montrer, sans se placer à un point de vue aussi élevé, que l'opinion prépondérante n'était guère justifiée. Les autres opinions dissidentes s'y attachent.

Le juge STONE indique que la concurrence n'est pas un régulateur toujours efficace, ni toujours présent : « Un examen des décisions de cette Cour qui ont admis la réglementation des prix montrera que l'élément commun à toutes est l'existence d'une situation ou d'une combinaison de circonstances restreignant la force régulatrice de la concurrence, de sorte qu'acheteurs ou vendeurs sont mis sur un tel pied d'infériorité dans la lutte que des circonstances économiques graves en résulteront pour un grand nombre de membres de la communauté. »

Les agences théâtrales exerçaient un monopole de fait, déterminaient sans concurrence possible les prix de revente des billets. Les spectateurs, pour être placés, étaient obligés de s'adresser à elles. On était donc bien dans les conditions exigées antérieurement par la Cour ²⁸³.

Ici encore M. HOLMES était fondé à faire remarquer « ... que les tribunaux doivent faire attention à ne pas étendre ces prohibitions (contenues dans la Constitution) au delà de leur signification évidente en lisant des conceptions de politique publique que le dit tribunal peut par hasard adopter ».

La Cour, en 1925, avait admis la constitutionnalité de la loi dans la mesure où elle exigeait une licence des agences théâtrales ^{283 bis}; la limitation du prix pouvait sembler parfaitement licite et raisonnable : elle se heurte à un inexplicable veto. La réglementation cherchée fut obtenue en 1928 grâce à un impôt fédéral prohibitif sur le prix de revente des billets de théâtre. La Cour d'appel de Circuit déclare valide cette taxe et la Cour Suprême refuse d'examiner l'affaire ²⁸⁴.

La Cour demeure hostile à toute intervention directe,

283. Notes 40 *H. L. R.* 1009; 25 *Mich. L. R.* 192; 36 *Y. L. J.* 385, 283bis, *Weller v. N. Y.* 268 *U. S.* 319 (1925).

284, *Mc Kenna v. Anderson, Collector*, 27 mai 1929,

En 1928, elle déclare inconstitutionnelle une loi de New-Jersey donnant au Commissaire du Travail de l'Etat pouvoir de limiter les prix perçus par les bureaux de placement ²⁸⁵.

M. le juge STONE est le porte-parole de la minorité (HOLMES et BRANDEIS) ²⁸⁶.

Appliquant ici la méthode d'analyse et de recherches de M. Brandeis, il examine la réalité sociale, énumère les pratiques abusives qui se font jour dans l'exploitation des bureaux de placement et l'attitude de différents Etats de l'Union devant ce problème. Un certain nombre ont dû réglementer et limiter les prix exigibles.

Surtout il rapproche d'une façon originale la fixation de prix limites des autres réglementations possibles. Dans les deux cas, il s'agit simplement de savoir si le texte de loi est raisonnable : « ... Je ne puis voir aucune différence entre une réglementation raisonnable des prix et une réglementation raisonnable de l'usage d'un bien, qui a une répercussion sur son prix ou sur son revenu économique. » On sait que la Cour valide les réglementations ayant pour objet la protection de la santé, de la sécurité ou de la moralité publique. La loi n'a pas d'autre but.

Cette jurisprudence est confirmée l'année suivante quand la Cour invalide une loi de TENNESSEE ²⁸⁷ limitant le prix de vente de l'essence dans l'Etat. Seul, M. HOLMES se prononce en faveur de la loi, mais il n'exprime aucune opinion.

La participation de l'Etat à la production ne rencontre pas la même défaveur. De nombreux Etats ouvrent des offices publics de placement. L'Etat de North Dakota peut constitutionnellement se livrer au commerce des produits agricoles, construire des maisons de rapport.

285. N. J. Lewis 1928 c. 227; V. 38 Y. L. J. 225, « *The Regulation of Employment Agencies* ».

286. *Ribnick v. Mc Bride* 277 U. S. 350 (1928); notes 42 H. L. R. 126; 28 Col. L. R. 970.

287. *Williams v. Standard Oil Co* 278 U. S. 235 (1929) note 38 Y. L. J. 674; 24 Ill. L. R. 482.

établir un système de banques d'Etat²⁸⁸. L'Etat de Nebraska autorise valablement les municipalités à créer des dépôts d'essence et d'huile pour la vente au prix coûtant²⁸⁹ ; s'il se contentait de limiter les profits des distributeurs particuliers, il violerait la Constitution. Théoriquement, la liberté de tous est ainsi protégée ; la concurrence des entreprises d'Etat porte cependant un coup fatal au commerce privé. La Cour n'aperçoit pas cette contradiction.

Elle maintient un arrêté du ministre fédéral de l'Agriculture fixant le tarif des courtiers dans les entrepôts, sans modifier sa doctrine, car ces courtiers bénéficient d'un monopole de fait et surtout ce sont des auxiliaires du service public des transports ; la réglementation est validée par analogie. On a noté cependant l'obscurité, sans doute volontaire, de l'opinion de la Cour, rédigée par M. BRANDEIS²⁹⁰.

Il semble que le renouvellement du personnel de la Cour et l'influence des *dissenters* ont accentué cette tendance libérale en 1931. La Cour valide une loi de New-Jersey sur le taux des primes d'assurances et des commissions versées aux agences locales²⁹¹. Aucune discrimination ne peut être faite entre ces agences qui toutes doivent toucher un même pourcentage. Il est vrai que les assurances ont été depuis longtemps classées parmi les activités d'intérêt public²⁹².

Dans le cas *O'Gorman*, il ne s'agissait pas seulement du tarif des primes, mais du prix des services rendus aux grandes compagnies par leurs agents. De plus, il n'est pas fait allusion à la doctrine de l'affectation à l'intérêt public ; la réglementation est acceptée comme un légitime exercice du pouvoir de police de l'Etat.

A côté de l'action sur les prix le plus souvent inter-

288. *Green v. Frasier* 253 U. S. 233 (1920); cf. *Jones v. The City of Portland* 245 U. S. 217 (1917).

289. *Standard Oil v. Lin Coln* 275 U. S. 504 (1927).

290. *Tagg v. U. S.* 280 U. S. 420 (1930).

291. Lois du 28 mars 1928 c. 128.

292. *O'Gorman v. Hartford* 282 U. S. 251 (1931); 26 Ill. L. R. 47; 40 Y. L. J. 657.

dite, des mesures économiques qui limitent la production sont sanctionnées par la Cour. Elles ont pour but avoué la protection des ressources naturelles contre une exploitation intensive qui les ferait rapidement disparaître. Cependant, une législation récente s'efforce de provoquer par ce moyen la diminution de l'offre pour réaliser une hausse des prix. Il s'agit de la production du pétrole. La Cour n'a pas modifié sa jurisprudence favorable ^{292 bis}. Elle semble ignorer la contradiction.

§ 2. — *Législation fédérale.*

57. Interprétation de la loi contre les trusts. Son évolution. — Le Congrès a apporté une contribution importante à la réglementation des conditions de la production, soit en vertu de ses prérogatives sur l'*interstate commerce*, soit en vertu de son pouvoir fiscal. La constitutionnalité de ces lois est, en général, reconnue par la Cour suprême ^{292 ter}.

L'interprétation des lois sur les trusts a varié et ce sont quelques opinions dissidentes qui ont déterminé la jurisprudence actuelle.

Tout d'abord, la Cour restreignit considérablement la portée de la loi ; elle refusa de l'appliquer à une société qui avait réalisé le monopole du raffinage du sucre aux Etats-Unis en achetant la majorité des actions de quatre sociétés de Philadelphie. Elle ne vit là qu'un monopole de la *production* du sucre raffiné, soumis comme tel aux lois de l'Etat particulier où il se trouvait et non du Congrès dont les pouvoirs ne commencent que s'il y a *interstate commerce* ²⁹³.

^{292 bis}. *Bandini Petroleum Co v. Superior Court* 284 U. S. 8 (1931); *Champion Refining Co v. Corp. Commission* 286 U. S. 210 (1931); A. A. BRUCE I; G. W. STOCKING; MARSHALL et MYERS I et II.

^{292 ter}. G. W. HOFFMAN, *Government Regulation of Exchanges* 155 *Annals* 39; BURDICK A, § 78, 91; V. cependant *Hill v. Wallace* 259 U. S. 44 invalidant la loi fédérale s'appuyant sur le pouvoir fiscal du 24 août 1921 (42 *St.* 187 ch. 86) sur les ventes à termes de grains; WILLOUGHBY A, § 387; *Truster v. Crooks* 269 U. S. 475 (1926); une nouvelle loi fondée sur le droit de contrôle de l'Etat fédéral sur le Commerce *interstate* a été validée, L. 21 sept. 1922 : 266 U. S. 1.

²⁹³. *United States v. E Knight Co* 156 U. S. 45 (1894); Willoughby A. p. § 528.

M. le juge HARLAN, dans une longue opinion, combattit le point de vue de la majorité de la Cour.

Elle ne voulait point voir la restriction certaine que les monopoles envisagés causaient aux libres relations commerciales entre les Etats de l'Union, et surtout elle refusait au Congrès un pouvoir que la Constitution lui reconnaît très certainement, que toute la jurisprudence antérieure de la Cour avait confirmé depuis le jugement fameux de MARSHALL dans *Gibbons contre Ogden*.

M. le juge HARLAN développe même avec lyrisme le thème du consommateur pressuré par les grands trusts des produits de première nécessité. Les Etats particuliers sont impuissants à le défendre et l'Etat fédéral ne peut le protéger puisque la Cour lui en refuse le pouvoir. « Quel pouvoir, concluait-il, est compétent pour protéger le peuple des Etats-Unis contre ces dangers si ce n'est le pouvoir national, pouvoir capable d'exercer la souveraine autorité sur tous les points du territoire et sur tous les peuples de la nation ? »

Son interprétation fut adoptée, peu après, puis largement abandonnée. On se demanda si la loi condamnait *toutes* les coalitions, toutes les combinaisons *in restraint of trade* pour limiter la libre concurrence, sans considération du but cherché et des effets obtenus, ou bien si elle admettait des distinctions et une classification entre les ententes légitimes et les autres.

La Cour déclare d'abord que la prohibition est générale ²⁹⁴. L'opinion dissidente de M. le juge WHITE montre les conséquences déraisonnables de ce point de vue. Pour lui, des distinctions sont indispensables, sinon il faudrait condamner tous les contrats commerciaux, qui tous limitent la concurrence dans une mesure variable, mais certaine. La majorité de la Cour avait prévu l'objection en écartant du domaine de la loi les contrats de vente qui ne limitaient qu'incidemment la concurrence. Cette exception nécessaire était aussi très arbitraire, car la loi,

²⁹⁴. *United States v. Trans Missouri Freight Association* 166 U. S. 290 (1897),

dans l'interprétation même de la Cour, devait régir tous les contrats *in restraint of trade*.

Il valait mieux adopter l'argumentation de M. WHITE, très raisonnable et très pratique, qui de plus s'appuyait sur le titre même de la loi Sherman : « Loi pour la protection du commerce contre les restrictions et monopoles illégitimes. » («... an Act to protect trade and commerce against *unlawful* restraints and monopolies. »).

En 1903, la Cour adopte les conclusions de M. le juge HARLAN dans son opinion dissidente du *Sugar Trust Case*, puisqu'elle applique la loi à une opération purement financière et boursière sans rapport en apparence avec le commerce entre les Etats de l'Union ; il s'agissait de l'achat de la majorité des actions de deux compagnies de chemin de fer concurrentes par une Compagnie-Holding, constituée dans l'Etat de New-Jersey ²⁹⁵.

La Cour avait encore à se demander si le fait seul d'avoir restreint la concurrence entraînait application de la loi (quatre juges l'admirent) et, dans l'hypothèse de distinctions à établir, si l'opération était illégale (opinion affirmative de M. le juge BREWER) ou non (opinion des juges WHITE, PECKHAM, HOLMES et du *Chief-Justice*).

En somme, dans cette affaire, il y a à la fois une majorité de juges pour rejeter l'interprétation du *Knight Case*, en accord avec l'opinion dissidente de M. HARLAN et celle du *Trans-Missouri Freight Case*, en conformité avec la classification du juge WHITE dans son dissent...

M. HOLMES le remarque dans son dissent : « Je suis heureux de savoir que seule une minorité de mes confrères adopte une interprétation de la loi, qui, à mon avis, rendrait éternel le *bellum omnium contra omnes* et désagrégerait la société aussi loin que possible en atomes isolés. »

L'interprétation de la loi Sherman par la Cour se développa, dès lors, dans le sens indiqué par ces derniers dissents. M. le juge WHITE, devenu Chief Justice, rédigea l'opinion de la majorité dans le *Standard Oil Case* ²⁹⁶,

295. *Northern Securities Case* 193 U. S. 197.

296. 221 U. S. 1 (1911); WILLOUGHBY, A. § 549.

appliquant le critérium qu'il avait toujours proposé : distinction des combinaisons légitimes et illégitimes, des bons et des mauvais trusts. Mais le juge HARLAN maintient son point de vue : dès qu'il y a limitation de la concurrence, la loi trouve son application, sans qu'une prétendue règle de raison ait à intervenir.

La règle de raison devient le critérium définitif parce qu'il permet une interprétation empirique et élastique de la loi ²⁹⁷. Ainsi, on n'applique pas la loi à une entreprise par ce seul fait qu'elle devient aussi importante dans une branche déterminée que toutes les autres réunies ²⁹⁸. Par contre, s'il s'agit d'un accord d'industries portant fixation des prix, il est illégal *per se* ²⁹⁹. On a expliqué cette attitude par la facilité qu'il y a d'interdire une entente sur les prix. Au contraire, la complexité des concentrations et des intégrations d'entreprises qui apportent une meilleure organisation technique et un meilleur rendement ne permet pas de les supprimer sans un examen minutieux des conditions de leur fonctionnement. Ne peut-on croire cependant que le vieil esprit de l'économie libérale, dont le *libre prix* est un élément essentiel, inspire cette décision ^{299 bis} ?

58. La légitimité des Trades-Associations. — Les groupements de commerçants et d'industriels qui pratiquent l'échange de renseignements statistiques techniques et économiques sont un moment illégaux, puis deviennent

297. TAFT A, E. LAMBERT A. p. 138; WASSERMANN A. p. 32 et suivantes.

298. *U. S. v. International Harvester Co* 274 U. S. 693 (1927).

299. *U. S. v. Trenton Pottery Co* 273 U. S. 392 (1927); JAFFE et TOBRI-
NER I.

299bis. Il faut noter que la Cour a de plus limité les pouvoirs que le Congrès avait accordés à la *Federal Trade Commission*, chargée du contrôle des Trusts : *Federal Trade Commission v. Gratz* 253 U. S. 421 (1920).

Federal Trade Commission v. Western Meat Co 272 U. S. 554 (1926) où malgré les dissents de BRANDEIS, TAFT, HOLMES et STONE, la Cour restreint l'application de la section 7 du *Clayton Act* du 5 oct. 1919, en décidant que la Commission ne peut dissoudre la Compagnie qui a acheté illégalement les actions d'une autre société, et qui s'est déjà mise en possession de tous ses biens. La Commission ne peut agir que jusqu'au transfert; cf. pour l'*Interstate Commerce Commission* : *I. C. C. v. Alabama Midland Ry Co* 168 U. S. 144 (1897); *Harriman v. I. C. C.* 211 U. S. 407 (1908).

légitimes ³⁰⁰. La Cour introduit ainsi une distinction artificielle entre la concentration licite et le simple groupement, sous forme, par exemple, de comptoir commun de vente, interdit. Elle y trouve d'abord la preuve évidente d'un accord tacite sur les prix et sur la production, elle prescrit leur dissolution. Le juge BRANDEIS, approuvé par ses confrères MC KENNA et HOLMES, exprime une opinion contraire ³⁰¹.

Il s'agit d'une *Trade Association* dans l'industrie des bois de charpentes. Un examen des faits révèle que, sur neuf mille entreprises existant aux Etats-Unis, trois cent soixante-cinq seulement font partie de l'association. Elle poursuit un but coopératif. Aucune manœuvre illégale n'apparaît. Une puissance de coercition n'existe pas. Des sanctions ne sont pas prévues. L'association n'impose aucun prix-limite ; elle ne partage pas le marché entre ses membres. Tous les renseignements échangés sont rendus publics. On n'invoque aucune entente secrète. Les statistiques officielles manquent dans ce domaine. Seules les grosses sociétés peuvent avoir leur bureau économique. L'organisation y supplée pour les petites et moyennes entreprises.

Les déductions de la Cour sont mal fondées. La concurrence n'est pas limitée. Les adhérents reçoivent des conseils. On les met en garde contre les dangers de la surproduction. C'est tout. Mais s'il fallait appliquer la règle de raison, le résultat serait favorable à l'association. Son plan réalise les conditions d'une concurrence honnête et désirable; il substitue l'enquête et l'intelligence au jeu et aux pratiques déloyales. Le petit producteur peut ainsi lutter et conserver sa place. Le juge ne nie pas qu'une certaine stabilité des prix s'établisse, il ne la croit pas défavorable à l'intérêt public.

La décision de la Cour lui semble dangereuse; loin de favoriser la concurrence, elle peut aboutir à la sup-

300. OLIPHANT 1; SHARIMAN 1; HENDERSON 1; HINDLER 1.

301. *American Column and Lumber Co v. U. S.*, 377 (1921); cf. *U. S. v. American Oil Co* 262 U. S. 371 (1922).

primer. Il rappelle que la Cour a autorisé des sociétés assurant 50 % de la production de l'acier des Etats-Unis, fabriquant la presque totalité des machines pour l'industrie de la chaussure. L'association dissoute ne comprend qu'un tiers des producteurs.

« Les entreprises... frustrées dans leur effort pour rationaliser la concurrence, se demande-t-il en terminant, ne seront-elles pas amenées à entrer dans le domaine accueillant de la concentration ? Et si elles agissent ainsi, est-ce qu'un trust formidable, avec la maîtrise puissamment centralisée de vastes ressources naturelles, industrielles et financières ne deviendra pas assez fort pour dominer ses concurrents, les grossistes, les détaillants, le consommateur et, dans une large mesure, la communauté ? »

La prédiction est peut-être exagérée, mais l'inégalité de traitement entre les *trade-associations* et les trusts était flagrante. HOLMES, dans un court *dissent*, voit dans cette interdiction d'échanger des renseignements une véritable atteinte à la liberté de parole d'autant plus absurde qu'elle livre les scieries des forêts de l'arrière-pays aux exigences d'acheteurs très bien organisés, qui ne peuvent faire figure de particuliers isolés et pressurés.

En 1925, sans répudier expressément cette jurisprudence, la Cour reconnaît la légitimité de deux *trade-associations*. Les faits sont tout à fait comparables. Leur interprétation a changé. L'influence des *dissents* n'est pas étrangère à ce revirement discrètement camouflé ³⁰².

59. Législation technique et législation politique. —

La Cour suprême n'a pas eu, en présence de la réglementation des entreprises, la rigueur dont elle fait

302. *Maple Flooring Man. Ass' v. U. S.* 268 U. S. 563 (1925); 20 Ill. L. R. 504 (1926). *Cement Man. Ass v. U. S.* 268 U. S. 588 (1925). Une décision récente confirme l'évolution favorable, *Appalachian Coal Inc. v. U. S.*, 53 Sup. Ct 471, U. S. Daily du 18 au 25 mars 1933, p. 137; N. Y. Times, 14 mars 1933, p. 18. Il s'agit là d'un plan de vente en commun du charbon bitumineux; V. 31 Mich. L. R. 837 (1933); C. E. STUART I; TOLMAN I, p. 286; 28 Ill. L. R. 265; sur la question en général (V. le n° de février 1932 de la Col. L. R. consacré aux lois sur les *Trusts*).

preuve à l'égard de la législation du travail. On peut s'en étonner.

Il faut mettre à part le délicat problème de la fixation de prix maxima et les régimes d'autorisations administratives. Cette séparation nous éclaire justement sur les causes de cette différence. C'est dans la mesure où la réglementation des entreprises est un problème purement *technique* que la Cour admet sans difficulté l'intervention législative. Mais quand elle soulève un problème *social* et *économique*, certains membres de la Cour, souvent moins attentifs à appliquer une méthode constante d'interprétation qu'à repousser des conceptions politiques qu'ils désapprouvent, interdisent cette intervention pourtant justifiée constitutionnellement dans un cas comme dans l'autre.

Les *dissenters* ne dominent pas seulement l'évolution de la jurisprudence, ils expriment les forces nouvelles qui transforment depuis le commencement du xx^e siècle l'organisation des Etats-Unis. Une récente enquête sur les mouvements sociaux depuis 1900 confirme leurs conclusions. Elle révèle une tendance continue vers une économie collective par une intervention variée et profonde de l'Etat. La « liberté du désespoir » appartient désormais au passé ³⁰³.

303. HOOVER A, pp. XXXI, LX-LXI, 265-67, 1535: V, c-rin 31 *Mich. L. R.* 638 (1933).

CHAPITRE IV

ORGANISATION DES SERVICES PUBLICS

60. **La Cour suprême, tuteur des intérêts particuliers.** — La prédominance de la Cour suprême sur tous les rouages de l'Administration nationale et locale trouve son expression la plus significative dans l'examen des lois d'impôts. La prérogative traditionnelle du pouvoir législatif est transférée au judiciaire dans le système américain. La légitimité constitutionnelle des contributions publiques est soumise au contrôle du juge. Celui-ci a dégagé et exprimé les conditions nécessaires de l'impôt juste. La Cour exerce par là une influence essentielle sur la marche des services administratifs. En refusant de reconnaître la loi d'impôt, elle restreint les ressources et limite les dépenses possibles de l'Etat.

Elle intervient, d'autre part, directement dans la réglementation des services publics industriels dont elle donne seule, sinon la définition, du moins la liste. Communications, énergie, lumière, distribution d'eau, toutes ces *public utilities* ne dépendent du législateur et de l'exécutif que dans la mesure fixée par le pouvoir judiciaire. En particulier, la rémunération de leurs services est gouvernée par de nombreuses et complexes décisions de la Cour suprême. Il en est de même pour les limites de l'intervention administrative.

Le respect étroit et absolu du droit de propriété individuel et des intérêts privés imprègne la jurisprudence de notre période. Les dissents sont nombreux. Ces deux aspects de l'immixtion judiciaire dans l'organisation des services publics feront l'objet des deux sections suivantes :

Section I. — L'Impôt.

61. **L'impôt constitutionnel. Multiplication des immunités fiscales.** — L'impôt est justifié s'il est conforme aux dispositions fiscales de la Constitution, s'il grève uniquement les biens ou les personnes qu'elle permet de frapper et, dans une égale mesure, selon des modalités raisonnables, s'il est enfin affecté à un but public. Cependant, le pouvoir fiscal est large et compréhensif. Acte souverain par excellence, l'interprétation judiciaire ne doit pas le limiter indûment. La Cour suprême n'a pas toujours conformé ses arrêts à ce principe certain.

La Constitution limite expressément la compétence fiscale de l'Etat fédéral et des Etats particuliers. Les clauses générales de *due process* complètent ces restrictions de leurs exigences imprécises, l'impôt doit être juste ³⁰⁴. Implicitement enfin, certaines dispositions constitutionnelles permettront d'établir de nouvelles immunités fiscales ³⁰⁵.

Le Congrès ne peut lever d'impôts *directs*, sauf les impôts sur le revenu, sans les répartir dans les différents Etats proportionnellement à la population ³⁰⁶, le taux des impôts indirects doit être *uniforme* sur tout le territoire des Etats-Unis ³⁰⁷, il ne peut être établi de taxes à l'exportation ³⁰⁸.

Le commerce interfédéral et international, les exportations ou les importations, ne peuvent être atteints par le pouvoir fiscal des Etats particuliers, souvent limités, au surplus par des clauses spéciales de leur propre Constitution ³⁰⁹.

304. Amendement XIV cl. 1.

305. Art. 1, sect. 10, cl. 1; art. 3, sect. 1.

306. Art. 1, sect. 9, cl. 4; Amendement XVI.

307. Art. 1, sect. 8, cl. 1.

308. Art. 1, sect. 9, cl. 5; art. 1, sect. 9, cl. 6.

309. Art. 1, sect. 8, cl. 3; art. 1, sect. 10, cl. 2 et cl. 3.

D'autre part, l'Etat fédéral n'a pas le droit d'imposer les Etats, leurs organes, ou leurs instruments de gouvernement. Les Etats ont une obligation identique vis-à-vis du gouvernement de l'Union ³¹⁰.

Cette exemption a paru nécessaire à la Cour Suprême pour assurer le fonctionnement sans heurt du régime fédéral. Sa portée demeure incertaine devant les distinctions et les contradictions de la jurisprudence (§ 1). La théorie de l'immunité fiscale du commerce interfédéral comporte aussi de nombreux revirements; elle n'est déterminée par aucun critérium sûr ou définitif (§ 2).

La définition constitutionnelle de l'impôt *direct* qui a subi maintes variations judiciaires, a perdu presque tout intérêt depuis l'adoption du XVI^e Amendement.

Le Congrès, en imposant les *revenus*, n'a pas à tenir compte du chiffre de la population de chaque Etat. La Cour n'en a pas moins interprété l'Amendement XVI d'une façon restrictive (§ 3).

La Cour Suprême demeure attentive à faire respecter les prérogatives du pouvoir judiciaire dont elle est la gardienne naturelle (§ 4).

Elle a utilisé, non sans habile artifice, la nécessité constitutionnelle du *due process* pour lutter contre la fiscalité conquérante des Etats et de la Fédération (§ 5).

La Cour a pu multiplier ainsi des immunités considérables au profit surtout des puissantes sociétés et des grands patrimoines. Mais elle n'a pas limité véritablement le développement d'un régime fiscal, toujours plus compréhensif et plus lourd, en le frappant à sa source : les dépenses publiques. Elle a rapidement élargi la notion de but public (*public purpose*) de l'impôt, qui ne constitue plus aujourd'hui qu'un faible obstacle à l'activité fiscale des gouvernements et des législatures (§ 6).

La doctrine des opinions dissidentes qui s'opposent à ces interventions, plus vexatoires qu'efficaces, dans l'administration des Etats-Unis, nous apparaîtra plus cohé-

310. *McCulloch v. Maryland* 4 Wheat 316 (1819).

rente. Elle apporte dans l'analyse du pouvoir fiscal des critères plus simples et plus certains, particulièrement nécessaires dans ce domaine du droit. Elle ne refuse pas aux contribuables les garanties équitables que la Constitution leur a réservées, mais elle ne sacrifie pas aux intérêts particuliers les intérêts essentiels de la collectivité.

§ 1. — *Imposition des organes
et instruments de Gouvernement.*

L'immunité fiscale est assurée aux organes, aux instruments et aux moyens de gouvernement des Etats contre toute imposition fédérale³¹², à l'Etat fédéral contre toute imposition des Etats membres de l'Union³¹³. La Constitution n'a pas prévu cette exemption légitime et naturelle. Le droit public international n'autorise pas les Etats à taxer les organes d'un autre Etat qui peuvent se trouver sur son territoire, c'est-à-dire essentiellement les représentants diplomatiques et consulaires, leurs revenus et leur traitement, les propriétés dont l'acquisition est nécessaire pour l'exercice de leurs fonctions. Le respect de la souveraineté de chaque Etat, la garantie d'un traitement réciproque explique et justifie cet usage. La Cour Suprême considère que la règle résulte nécessairement de la forme fédérative du système américain, elle permet le maintien de l'équilibre constitutionnel. Les Etats comme l'Etat fédéral sont souverains et indépendants, les uns dans la mesure où leur compétence n'a pas été limitée par la Constitution, l'autre dans la mesure où la Constitution lui a confié un certain nombre de pouvoirs³¹⁴.

312. *Collector v. Day* 11 Wall 113 (1870); *U. S. v. Baltimore* 17 Wall 327 (1873); PURDICK A, § 82; WILLOUGHBY A, § 97 à 99; *U. S. C. A. Const. I*, p. 130; COHEN et DAYTON I.

313. *Mc Culloch v. Maryland* (1819): PURDICK A, § 252; WILLOUGHBY A, § 80; 20 *Col. L.* 92 (1920); *U. S. C. A. Const. II*, p. 145.

314. Si le pouvoir fiscal de l'Union, et celui des Etats s'exercent concurremment, *Knowlton v. Moore* (1900) 178 *U. S.* 41 — certains auteurs et cer-

Par un système étudié de contributions, les Etats ou l'Etat fédéral pourraient mutuellement restreindre ou même détruire les pouvoirs qu'ils tiennent de la Constitution. Cette exemption fiscale réciproque assure dès lors le bon fonctionnement du régime fédéral. Elle ne s'applique pas dans les rapports entre les Etats particuliers³¹⁵. Son but devrait impliquer ses limites. Mais la tendance de la Cour Suprême souvent a été d'étendre l'immunité sans tenir compte de ses fins véritables et d'invalider certains types d'impôts qui, indirectement, auraient pu porter atteinte au privilège constitutionnel.

62. A) Les Fonds d'Etat *National Life Insurance Co v. U.S.* — Une catégorie importante de valeurs protégées par la règle de l'immunité est constituée par les fonds d'Etat³¹⁶. Un motif constitutionnel spécial s'oppose à l'imposition par les Etats des obligations, des bons du Trésor fédéraux : ce serait porter atteinte au crédit et, par suite, au pouvoir d'emprunt des Etats-Unis³¹⁷.

Il n'est pas nécessaire que les valeurs exemptes soient frappées directement par l'impôt. La Cour Suprême s'est refusée à sanctionner divers procédés qui lui ont apparu comme des moyens de tourner l'immunité.

Ainsi le Congrès, par la loi de Finances de 1921, impose les Compagnies d'assurances sur la vie, sur leur revenu net, calculé en déduisant du revenu brut : 1° les intérêts des valeurs exemptes d'impôts ; 2° 4 % de leur fonds de réserve moyen, dans la mesure où ce pourcentage dépasse la première déduction³¹⁸.

La *National Insurance Co* attaque la loi et démontre par un emploi ingénieux de formules algébriques que

taines décisions affirment la supériorité du pouvoir fiscal de la Fédération, en cas de conflit, *Liberty Mut. Ins Co v. Johnson Ship. Corp.* 269 U. S. 503 (1926).

315. *Bonaparte v. Tax Court* 124 U. S. 592 (1881).

316. U. S. v. *Ry Co* 17 Wall 32 (1872); *Pollock v. Farmers L and Co* 158 U. S. 601 (1895); *Ambrosini v. U. S.* 187 U. S. 1 (1902) (valeurs émises par les Etats particuliers).

317. Art. 1, sect. 8, cl. 2; *Weston v. Charleston* 2 Peters 449 (1829); *WILKINSON v. A.*, § 89 et 91.

318. 42 U. S. Stat. 227, 238, 252, 261.

la loi impose indirectement une charge fiscale aux valeurs exemptes qu'elle possède. Le caractère de cette charge fiscale est assez curieux : la société, bien que propriétaire des valeurs exemptes, n'a pas bénéficié d'un dégrèvement plus complet que les sociétés ne possédant pas de telles valeurs. La Compagnie soutient qu'il y a là une discrimination arbitraire, puisque le mécanisme de la computation légale retire tout avantage à la possession de telles valeurs. La Cour a suivi ce raisonnement et déclaré cette disposition de la loi invalide³¹⁹.

Elle se heurtait pourtant à une difficulté importante; le régime des déductions autorisées par le Congrès était essentiellement un régime de faveur. Le Congrès pouvait taxer *entièrement* le revenu brut de la Société. La Cour ne le contestait pas ; car l'immunité ne joue que pour le revenu spécial des valeurs exemptes, non pour le revenu global du contribuable.

La méthode n'en a pas moins été condamnée, car elle aurait permis — dans l'opinion de la majorité — de supprimer l'exemption. La Cour considère que la computation légale a pour effet d'augmenter l'imposition sur la partie imposable du revenu du contribuable, et cela parce qu'il possède des valeurs exemptes.

La Cour décide que la Compagnie pourra déduire de son revenu brut et les valeurs et les 4 % de son fonds de réserves moyen.

L'argumentation, valable pour les fonds des Etats particuliers, ne l'était plus pour ceux du gouvernement fédéral lui-même qui peut toujours, sauf clause d'immunité dans l'emprunt, imposer ses propres titres. La Cour n'hésite pas à décider cependant, par une interprétation peut-être hasardeuse de la volonté du Congrès, que ce dernier n'a pas voulu faire un sort distinct aux deux sortes d'obligations.

La loi invalidée avait été adoptée par le Congrès après consultation des Compagnies d'assurances sur la vie qui

319. *National Ins Co v. U. S.*, 277 U. S. 508; infirmant la décision de la *Ct of Claims*.

en avaient accepté la teneur. Au procès, elles intervinrent comme *amici curiæ* par l'organe de M. C.-E. HUGUES pour défendre la constitutionnalité de la loi !

Dans un premier dissent, le juge BRANDEIS ³²⁰ souligne toute l'ironie de cette situation. Il retrace l'histoire de la taxe spéciale qui, depuis 1909, avait toujours frappé les sociétés d'assurances sur la vie. Puis il attaque les conceptions erronées qu'il découvre dans l'opinion de la Cour.

L'interprétation de la volonté du Congrès quant aux obligations fédérales est sans fondement réel. La loi ne frappe pas les valeurs exemptes, et elle aurait pu les imposer. Ni la Constitution, ni la loi, ne décident que la situation fiscale d'un détenteur d'obligations d'Etat doit être, en toute hypothèse, plus favorable que celle des contribuables qui n'en possèdent point. Les impôts sur les revenus et sur les successions les atteignent comme les autres. Toutes sortes de causes influent sur leur valeur. Leur possession ne peut entraîner que des avantages relatifs non absolus ³²¹.

La discrimination dont la *National Insurance Co* se plaint est simplement négative. Elle ne peut invoquer le principe de l'égalité devant la loi pour obtenir un traitement de faveur. D'autre part, entre les compagnies d'assurances, il n'est pas créé de distinctions injustes. Elles possèdent toutes en portefeuille des obligations exemptes.

Enfin, même si la loi est inconstitutionnelle, la décision de la Cour ne peut transformer et modifier ses dispositions en autorisant la déduction et *des valeurs exemptes et des 4 %*. La fonction de la Cour n'est pas de légiférer. Tout ce qu'elle peut faire, c'est ne pas tenir compte du paragraphe invalide qui prévoit les déductions et non l'amplifier dans son application, ce qu'elle fit en réalité ³²².

320. P. 522.

321. *V. Flint v. Stone Tracy Co* 220 U. S. 167; *Peck v. Lowe* 247 U. S. 165; *Underwood Typ. Co v. Chamberlain*, 254 U. S. 113, 120.

322. *Hill v. Wallace* 259 U. S. 44, 71.

La Cour n'avait pas hésité, en effet, à compléter ainsi la loi, trahissant son rôle et le vœu du Congrès qui s'était efforcé de créer de nouvelles ressources fiscales. Elle avait au surplus un autre moyen à sa disposition : déclarer la loi tout entière inconstitutionnelle et appliquer la loi antérieure, celle de 1910.

Dans un court dissent, M. STONE analyse avec précision la nature de la clause litigieuse. C'est une pure faveur (*bounty*). Son but est de protéger les réserves de la société dans l'intérêt des assurés. Le Congrès a estimé qu'un dégrèvement de 4 % était suffisant. Le Juge déclare justement qu'il existe une différence réelle entre le fait d'imposer une charge interdite et de retenir une faveur. L'effet de la loi, pour lui, est d'accorder une aide indirecte à toutes les sociétés, sauf dans la mesure où elles jouissent de valeurs exemptes d'impôts.

Ces critiques ne sont pas exagérées. La Cour commet un détournement de pouvoir caractéristique. Tout bien considéré, les propriétaires de fonds d'Etat conserveraient un privilège important : celui de déduire les intérêts de leur revenu brut, sans limitation, même si leur montant dépassait les 4 % des réserves.

La Cour devait cependant, l'année suivante, adopter une doctrine plus stricte encore et profondément anti-juridique. Car elle suppose pour apprécier la validité de l'impôt la détermination essentielle de l'état d'esprit et des intentions du législateur qui le crée.

63. *Macallen v. Massachusetts*. — L'Etat de Massachusetts frappait, en 1913, les sociétés d'un impôt de $2\frac{1}{2}$ % sur leur revenu net. Les intérêts des obligations ou des bons du Trésor fédéral ou de l'Etat n'étaient pas compris dans ces revenus. Par un amendement de 1925, ces valeurs furent incluses dans le montant du revenu brut³²³.

La Cour Suprême judiciaire du Massachusetts, una-

³²³, *Stat.* 1923 c. 424, § 1; *St.* 1925 c. 243, § 1 A.

nime, qualifie l'impôt d'accise, sur le privilège des sociétés d'entreprendre une activité légitime. Elle décide que la taxe ne frappe pas le revenu d'obligations non imposables ; ce revenu est un élément de la mesure et non la matière du droit ³²⁴.

La Cour Suprême fédérale, par la voix du Juge SUTHERLAND, reconnaît que considération et poids s'attachent à l'opinion de la Cour Suprême de l'Etat. Cependant son jugement, comme celui du législateur, n'est pas concluant ; il est soumis à l'enquête indépendante du haut Tribunal fédéral. Cette enquête indépendante lui permet d'invalidier l'amendement de 1925.

La décision ne se borne pas à résoudre le cas d'espèce. Elle formule les principes « récents » qui gouvernent l'immunité fiscale ³²⁵. L'immunité doit être interprétée très largement pour parer à sa nullification par les Etats. Elle est essentielle et protège la dignité, les pouvoirs et la souveraineté absolue de chaque gouvernement. On croit entendre le langage d'un premier ministre d'un Etat européen traditionnellement jaloux de ses prérogatives.

La taxe soumise à la Cour Suprême n'est pas inconstitutionnelle en elle-même. Les valeurs non imposables peuvent être un élément de mesure de l'impôt, à titre fortuit et accidentel. Mais le fait de mesurer l'impôt par de telles valeurs crée, en quelque sorte, une présomption de fraude à la règle constitutionnelle. Une enquête est nécessaire pour en déterminer la réalité. Cette réalité — c'est-à-dire l'intention du législateur de Massachusetts de taxer une matière non imposable — apparaît dans le fait qu'un *amendement spécial* a été introduit après coup dans la loi d'impôt, prescrivant de tenir compte des intérêts de ces titres dans le calcul du revenu brut des sociétés.

La conduite du raisonnement est habile. Il n'a pas convaincu les juges BRANDEIS, HOLMES et STONE qui lui

324. 264⁷ Mass. 396.

325. *Macallen v. Massachusetts* 279 U. S. 620 (1929).

326. P. 631.

opposent soixante-dix années de jurisprudence contraire. En leur nom, M. STONE reprend l'argumentation développée par la Cour Suprême du Massachusetts. Il remarque que l'existence des sociétés dépend uniquement de la bonne volonté de l'Etat qui peut leur faire payer ce privilège ³²⁷. Il insiste sur le caractère raisonnable de l'impôt : il n'est dû que si la société a effectivement exercé une activité économique pendant l'année fiscale ; il ne frappe que le revenu net. Le crédit fédéral n'a pas été amoindri. Les pouvoirs fiscaux de l'Etat fédéral et des Etats membres se restreignent et se commandent réciproquement. La doctrine de l'immunité ne trouve pas ici son application. La loi n'a aucun but « sinistre ». Elle ne taxe pas directement le revenu des valeurs exemptes. Elle prévient une évasion fiscale facile par de larges placements en fonds d'Etat.

La décision d'invalidité joue aussi au profit des valeurs de l'Etat, mais par application du § 1 de la section 10 de la Constitution qui interdit aux Etats de modifier les obligations nées des contrats : le contrat d'emprunt stipulait l'immunité fiscale des titres émis. Elle encourt les mêmes critiques à ce point de vue. Elle a d'ailleurs été largement modifiée par une décision toute récente.

Ainsi une minorité de juges — si l'on tient compte de l'opinion unanime de la Cour Suprême de Massachusetts — frustrait le pouvoir fiscal de l'Etat. Elle adopte un critérium de validité paradoxal : l'intention du législateur. Deux impôts présentant des caractères techniques identiques auront un sort constitutionnel différent si les circonstances de leur vote, la procédure préparatoire, trahit un état d'esprit illégitime, inconstitutionnel et mauvais des législateurs.

Un nouvel élément subjectif est introduit dans la théorie du droit constitutionnel américain, d'autant plus injustifié qu'il correspond à une abstraction : le législateur dont l'intention est difficilement appréciable, car

327. P. 634.

elle est le reflet de nombreuses opinions individuelles et souvent divergentes.

64. *Missouri v. Gehner*. — Persévérant dans cette voie large de l'immunité fiscale, la Cour, en 1930, invalide une loi de Missouri dont le mécanisme se rapproche de la loi fédérale de 1921, déclarée inconstitutionnelle dans l'affaire de la *National Insurance Co*³²⁸.

Cette loi de 1919 assujettissait les sociétés d'assurances à une taxe de propriété — *property tax* — calculée sur leur actif total diminué du montant des réserves légales et des primes d'assurances impayées³²⁹. La société d'assurances de Missouri prétendait de plus ne pas tenir compte, pour déterminer cet actif, des valeurs d'Etat fédéral qu'elle possédait en portefeuille. La Cour Suprême de l'Etat rejette cette prétention. Elle décide seulement que les obligations fédérales ne doivent contribuer au passif que dans la mesure où elles concourent à l'actif. Ainsi, pour un actif de \$ 200.000 composé pour moitié de valeurs exemptes et non exemptes, en face de réserves légales et de primes demeurées impayées s'élevant à \$ 100.000, l'actif net sera de \$ 100.000, mais l'actif imposable ne sera que de \$ 50.000, soit de la moitié, rapport existant entre le montant de bons d'Etat et l'actif total. Par contre, si les \$ 200.000 d'actif ne comprennent pas de valeurs exemptes, l'actif imposable sera de \$ 100.000.

La Cour Suprême des Etats-Unis infirme son arrêt. Si nous reprenons l'exemple ci-dessus, l'actif imposable dans ce cas tomberait à zéro : \$ 100.000 de valeurs fédérales dont il ne faut pas tenir compte; \$ 100.000 d'actif non exempt d'impôt, moins \$ 100.000 de réserves et de primes impayées. La jurisprudence du *National Insurance case* laissait prévoir une telle décision. Mais la Cour fédérale est obligée d'étendre encore quelque peu ce qu'elle appelle, par la voix du Juge BUTLER, le

³²⁸. *Missouri v. Gehner* 281 U. S. 313; 30 Col. L. R. 900; 42 H. L. R. 80 (1929); infirmant 332 Mo 339.

³²⁹. § 6386 *Rev. St. Mo* 1919.

principe *élémentaire* de l'immunité fiscale des valeurs fédérales, nécessaire au maintien de la suprématie nationale ³³⁰.

Elle déclare que les titres exempts ne peuvent en aucune façon servir de base à une imposition et reproduit le raisonnement connu : la loi aboutit à frapper le contribuable qui possède des valeurs non imposables plus fortement que celui qui n'en possède pas.

Elle indique des motifs d'opportunité qui sous-tendent sa décision, la nécessité de conserver un marché facile aux titres fédéraux.

Au nom de la minorité (BRANDEIS et HOLMES), M. STONE va tenter de distinguer l'espèce dont on fait un précédent. Il va le faire par une analyse très précise de la nature comptable de l'actif de la société ³³¹.

Il critique le raisonnement de la Cour qui fait disparaître un élément important de l'actif — représenté par des obligations fédérales, comme s'il n'existait pas, comme s'il ne répondait pas du passif de la société au même titre que les valeurs imposables. Dans la mesure où les titres fédéraux participent à l'actif, elles peuvent être à son avis un élément de l'impôt. Car la loi n'a pas tenu compte de la possession de ces titres pour augmenter la charge fiscale des sociétés d'assurances, au contraire la possession de ces titres entraîne une diminution de l'impôt. La décision était d'autant plus regrettable qu'elle ouvre un champ plus vaste encore à l'immunité fiscale des obligations d'Etat.

Les sociétés pourront ainsi, le Juge STONE le note, éluder l'impôt par un achat de ces titres à crédit au moment de l'établissement de l'impôt. Il rappelle que le pouvoir fiscal des Etats est sous la protection constitutionnelle de la Cour au même titre que les immunités du gouvernement fédéral.

Sa conclusion n'est pas moins vigoureuse. Il constate que la politique de la Cour est de favoriser le marché

330, Const. Art. 1, § 8; 31 U. S. C. § 742.

331, P. 322.

des valeurs fédérales, et lui demande d'avoir le courage de le proclamer et d'en tirer toutes ses conséquences.

« Je suppose, écrit-il, que la vente et la valeur marchande, sur le marché, des bons du Gouvernement augmenterait d'une façon appréciable si nous disions que la Constitution a interdit, *sub silentio*, leur saisie pour dette, ou a exempté leurs propriétaires des diverses formes d'impôts d'Etat auxquels cette Cour les a assujettis. »

La réaction de la minorité libérale demeure donc très forte. Le *Chief-Justice* ne se rallie pas aux motifs de la Cour : il se considère simplement lié par le précédent de la *National Insurance Co.* La doctrine élargie de l'immunité fiscale des valeurs d'Etat pouvait sembler définitivement établie par cette série d'arrêts. La force pénétrante des dissents, leur influence devait cependant se faire sentir dès l'année suivante.

65. Réactions récentes de la Jurisprudence de la Cour. — L'affaire *Willcuts v. Bunn* ne consacre pas évidemment un revirement de jurisprudence³³². La Cour valide l'imposition, au titre de l'impôt fédéral sur le revenu de 1924, de bénéfices réalisés sur la vente d'obligations municipales. Il convient de remarquer que le bénéfice, dont l'impôt, est faible, que la suprématie ou la souveraineté fiscale d'un Etat particulier et non de l'Etat fédéral est en jeu. Mais l'évolution est nette. L'opinion est rédigée par le *Chief-Justice* HUGHES — qui n'avait pas accepté la doctrine récente de la Cour. Les Juges BRANDEIS, STONE et HOLMES l'approuvent. Elle fait intervenir deux notions essentielles que la Cour avait perdu de vue, dans les arrêts que nous avons examinés plus haut. Le pouvoir fiscal n'est pas moins essentiel que le pouvoir d'emprunter ; l'impôt dont l'effet n'est pas de gêner directement le fonctionnement du gouvernement est validé. D'autre part, s'il existe une gêne, elle doit être réelle et non imaginaire, substantielle et non négligeable.

332. 282 U. S. 216 (1931).

Enfin le Président HUGHES, appliquant la méthode du Juge BRANDEIS, fait intervenir l'histoire de la législation fiscale sur le revenu pour démontrer qu'aucune atteinte n'est portée à la souveraineté des Etats.

Il s'appuie sur l'intervention à l'instance, de deux Etats, New-York et Massachusetts, comme *amici curiæ*, en faveur de la loi. Ces Etats déclarent que l'impôt litigieux n'a jamais gêné leurs opérations financières et fiscales. Il est vrai que ces Etats avaient quelque intérêt à voir affirmer la validité de la loi fédérale, car leur impôt sur le revenu atteint les bénéfices réalisés sur la vente des valeurs fédérales : sa constitutionnalité dépendait donc par analogie de la décision.

Il n'est pas moins curieux de constater que la déformation des principes par certains arrêts de la Cour aboutit à ce résultat étrange : ce sont ceux-là même que ces principes semblent protéger, Etat fédéral et Etats particuliers, qui viennent demander à la Cour d'en restreindre l'application. On ne peut mieux saisir le résultat essentiel de la théorie exagérée de l'immunité fiscale des organes de gouvernement : protection des intérêts particuliers des contribuables.

Plus récemment encore, la Cour revient sur la théorie surprenante de l'intention du législateur qu'elle appliquait dans le *Macallen Case*. La décision nouvelle limite de plus la portée de l'exemption fiscale accordée par les contrats d'emprunt aux titres émis, qui avait été largement interprétée dans cette affaire. La Cour n'infirme pas d'ailleurs le précédent, elle le distingue : C'est le juge STONE qui rédige l'opinion de la majorité, et le juge SUTHERLAND, porte-parole de la Cour dans l'affaire *Macallen*, se voit obligé d'exprimer un *dissent*, accepté par ses collègues VAN DEVANTER et BUTLER ³³³.

Le Juge STONE affirme évidemment les idées qu'il développait dans son *dissent* de l'affaire *Macallen*.

Les concessions d'immunités fiscales doivent être interprétées restrictivement. La validité de la loi ne dépend

333, *Pacific Co Ct. v. Johnson* 285 U. S. 480 (1932).

pas des motifs qui ont pu l'inspirer, mais de la façon dont elle va opérer réellement et effectivement.

Il ne tient donc aucun compte de la présomption de fraude à la constitution qu'on lui soulignait. Ici, ce n'était pas, comme dans l'affaire *Macallen*, un amendement ajouté après coup, indiquant qu'il devait être tenu compte des intérêts de certaines valeurs dans le calcul de l'impôt ; c'était la mention expresse, dans le corps de la loi, de la nécessité d'inclure les intérêts de ces valeurs dans le calcul du revenu net, qui fournissait la preuve de l'intention malicieuse du législateur.

La Cour Suprême de Californie n'avait pas cru devoir suivre elle-même ce précédent du *Macallen case*. Son arrêt est donc confirmé. La théorie de l'immunité fiscale des fonds d'Etat paraît ramenée dans les limites raisonnables que son but lui assigne.

66. B) Marchés administratifs. Un détournement aussi caractéristique de la doctrine constitutionnelle se retrouve en matière d'application des impôts frappant les ventes (*sales tax*) à un marché administratif. La loi d'Etat ne peut atteindre une vente faite à l'Etat fédéral, la loi fédérale une vente à un Etat membre.

La Cour Suprême en a ainsi décidé dans l'affaire *Panhandle Oil Co v. Mississippi*³³⁴. Une loi de l'Etat frappait les vendeurs d'essence d'une taxe de quatre cents par gallon vendu³³⁵. On prétendait imposer, à ce titre, un marchand qui avait fourni de l'essence à une flottille de gardes-côtes des U.S.A. et à l'hôpital des Anciens Combattants. La Cour lui reconnaît le droit de s'opposer à ce que l'indépendance constitutionnelle des Etats-Unis soit ainsi violée. Elle n'accepte pas la qualification donnée à l'impôt par la Cour Suprême du Mississippi, taxe sur le privilège de vendre, licence de vente mesurée par le nombre de litres d'essence vendus. L'impôt varie exactement avec les ventes faites au gouvernement

334. 277 U. S. 218 (1928).

335. Ch. 119, *Laws of Missipi* (1926).

fédéral. En achetant de l'essence, le gouvernement des Etats-Unis exerce un pouvoir constitutionnel, et le vendeur doit rester libre de toute exaction fiscale dans ses transactions avec les Etats-Unis.

O.-W. HOLMES exprime une opinion contraire, approuvée par les Juges BRANDEIS et STONE. Il conteste la portée extrême donnée au principe de l'immunité.

Le gouvernement fédéral n'a présenté aucune objection. C'est un marchand d'essence qui essaie d'esquiver l'impôt qui frappe son chiffre d'affaires; il n'y a pas de raison, à son avis, pour lui accorder cette faveur. La taxe n'a aucune influence sur le fonctionnement régulier du gouvernement.

Avec une pointe d'ironie, le juge se demande si le tailleur, le boucher, l'épicier ne vont point exiger une exonération d'impôt sur les opérations qu'ils effectuent avec le Président des Etats-Unis, les membres du Congrès, sous prétexte que ces derniers sont des organes du gouvernement fédéral. Le juge Mc REYNOLDS lui-même ne comprend pas l'attitude de la Cour. Par un *dissent* séparé, il s'étonne que chaque individu qui vend un gallon d'essence aux U.S.A. devienne un « organe du Gouvernement fédéral ». Il considère la doctrine de l'immunité comme établie, mais limitée, et sans application quand la taxe n'affecte qu'indirectement les Etats-Unis.

La Cour devait cependant maintenir sa jurisprudence en 1931 et faire jouer le même principe dans le cas de la vente d'une motocyclette au service public municipal de la police de Westfield. Cette fois, le gouvernement fédéral prétendait imposer la transaction³³⁶. Le juge VAN DEVANTER, pour la Cour, ne lui reconnaît pas ce pouvoir. La taxe ne frappe pas la production, mais la vente. Elle se heurte à la théorie *absolue* de l'immunité, qui préserve tout ce qui entre dans la sphère du gouvernement³³⁷.

336. § 600, *Revenue Act* 1924, taxe de 5 % sur la vente de certains objets dont les motocyclettes; 43 *St.* 322.

337. *Indian Motor Vehicle v. U. S.* 283 *U. S.* 570 (1931).

Le juge HOLMES s'incline devant le précédent du *Panhandle case*. Mais M. STONE, appuyé par M. BRANDEIS, maintient son point de vue pour deux raisons³³⁸. L'effet pratique de l'extension de l'immunité, à son avis, est de soustraire le contribuable à une taxe, aux dépens du gouvernement qui l'impose, sans aucun bénéfice substantiel pour le gouvernement, dont on entend protéger les prérogatives, et qui n'intervient pas du tout pour seconder ces demandes d'immunité.

Il rappelle que l'incidence de l'impôt, dont l'effet est déterminant sur sa validité, ne peut être résolue *à priori*, qu'elle dépend de conditions économiques complexes.

Il aurait pu ajouter que celui qui vient demander l'exonération peut être vraisemblablement présumé porteur de l'impôt : en l'espèce, c'était un simple particulier.

Il est probable que la Cour reviendra sur ces précédents ; en tout cas ils constituent, dans ce domaine, l'extension maxima possible de la doctrine de l'immunité.

67. C) Domaines et Propriétés d'Etat. — Le domaine des Etats-Unis ne peut évidemment être frappé d'un impôt d'Etat³³⁹ et réciproquement le domaine des Etats échappe aux impôts fédéraux³⁴⁰.

La Cour Suprême a étendu l'immunité aux locataires privés exploitant un domaine fédéral ou d'Etat, quant aux revenus qu'ils en peuvent tirer.

En particulier, elle a adopté ce point de vue alors qu'il s'agissait de terres concédées par les Etats-Unis à des tribus indiennes pour leur assurer des moyens d'existence, mais sous certaines réserves qui constituaient les Etats-Unis véritable tuteur de ces Indiens. Ces terres conservent en somme leur qualité de propriété gouvernementale ou plutôt elles demeurent affectées à un but

338. P. 580; *V. Wheeler Co v. U. S.* 281 U. S. 572.

339. (1851) 5 *Opinions of Attorney General* 316; *Moline Water Power Co v. Cox* (1911) 252 Ill. 396; 96 N. E. 1044; *Van Brocklin v. Tennessee* 117 U. S. 151; *WILLOUGHBY A* § 88.

340. *U. S. v. B. and O. Ry Co* 17 Wall 322 (1873).

de gouvernement : exécution des obligations assumées à l'égard des Indiens par les Etats-Unis ³⁴¹.

Ces terres riches en minerais, en pétrole, sont le plus souvent données à bail à des particuliers ou à des sociétés qui en assurent l'exploitation et versent une quote-part des revenus bruts au gouvernement qui les répartit entre les Indiens. Les Etats ont essayé d'imposer non les revenus destinés aux Indiens, mais ceux du locataire. La Cour s'y est toujours refusée en assimilant l'exploitant à un instrument, à un organe de gouvernement des Etats-Unis ³⁴².

Cette série de décisions adverses n'ont pas fait cesser les tentatives de taxations par l'Etat d'Oklahoma. En 1926, il assujettit à un impôt sur la valeur du minerai extrait le concessionnaire de domaines miniers appartenant à des Indiens Quapans, protégés des Etats-Unis et soumis à la tutelle du Secrétaire de l'Intérieur. Une fois de plus, la Cour Suprême fédérale casse la décision de la plus haute instance de l'Etat ³⁴³ pour ce motif que la compagnie assure le développement des terrains pour le compte des Etats-Unis et au bénéfice des Indiens ³⁴⁴.

Le juge BRANDEIS exprime un dissent où il demande à la Cour de distinguer l'affaire du cas *Gillespie v. Oklahoma*. Il remarque que le minerai extrait est devenu la propriété mobilière de la Compagnie et qu'elle peut être assujettie à l'impôt en vertu même de la jurisprudence de la Cour, dans la mesure où cette taxe ne l'empêche pas de remplir la fonction qui lui a été confiée par le gouvernement fédéral ³⁴⁵. En l'espèce, les droits des Indiens sur le produit brut de la vente du minerai n'étaient pas diminués par le versement de l'impôt.

341. *Choctaw, Oklahoma and Gulf Ry Co v. Harrison* 235 U. S. 292; *Indian Territory Illuminating Oil Co v. Okla* 240 U. S. 522; U. S. C. A. part 2. p. 446; WILLOUGHBY A, § 95.

342. *Gillespie v. Okla* 257 U.S. 501 (1922); les juges BRANDEIS, PITNEY et CLARKE expriment un vote dissident, mais sans expliquer leur opinion.

343. 104 *Okla* 271.

344. *J. aybird Mining Co v. Weir* 271 U. S. 609 (1926); 40 H. L. R. 914 (1927).

345. *Ry. Co v. Peniston* 18 Wall 5, 33.

D'autre part, la taxe frappait la propriété et non la fonction.

La force de ces précédents avait été ébranlée par quelques décisions récentes³⁴⁶, mais la Cour Suprême en a restreint à nouveau la portée³⁴⁷.

Le gouvernement fédéral, cette fois, prétendait frapper les revenus tirés par une Compagnie de l'exploitation de terrains pétrolifères que l'Etat d'Oklahoma lui avait donnés à bail. Ces domaines avaient été donnés à l'Etat par le gouvernement fédéral pour assurer la création d'écoles publiques. Mais l'Etat n'est pas représenté à l'instance, et la société contestait une imposition frappant uniquement ses revenus.

Cependant la Cour Suprême, dans une courte opinion du juge Mc REYNOLDS, applique le *Gillespie case*. Elle décide que la mise à bail des terres constitue l'exercice d'une fonction strictement gouvernementale. Par conséquent, les revenus du locataire ne peuvent être frappés, sans gêner l'accomplissement de cette fonction.

Quatre juges refusent de s'associer à ce raisonnement assez peu rigoureux (STONE, BRANDEIS, ROBERTS, CARDOZO).

Le juge STONE ne voit pas comment la Cour peut distinguer cette affaire du cas *Group n° 1 Oil Corp. v. Bass*. L'Etat de Texas avait loué un domaine affecté au fonds des écoles à un particulier et la Cour Suprême avait sanctionné l'assujettissement à la loi d'impôt des revenus tirés par ce particulier de l'exploitation de ces terres. Il est vrai que la Cour rejette l'application de cette décision, sous prétexte que, dans le cas du Texas, le bail faisait immédiatement passer la propriété des produits éventuels de l'exploitation au locataire, tandis que dans le cas de l'Oklahoma, on se trouve en présence d'un simple bail. Vente d'un côté, bail de l'autre fondent la distinction.

M. STONE montre, sans difficulté, que c'est là une pure différence de forme et non de principe. Le but des deux

346. *ChoctEAU v. Burnell* 283 U. S. 691; *Group n° 1 Oil Co v. Bass* 283 U. S. 279.

347. *Burnell v. Coronado* 285 U. S. 393 (1932); 27 Ill. L. R. 698.

Etats est public, gouvernemental. Le revenu des deux locataires demeure un revenu privé, qu'il soit réalisé par la revente de produits cédés par l'Etat ou par l'exploitation de terrains loués ³⁴⁸.

Il semble, en effet, peu justifié de ne pas faire dépendre la perception de l'impôt de la nature essentielle de l'opération (fonction gouvernementale ou non).

M. STONE, pour sa part, considère que l'immunité ne doit protéger que les droits de propriétés et les revenus des gouvernements et non ceux d'une entreprise privée exploitant pour son profit.

Le dissent du juge BRANDEIS est tout entier consacré à un examen de la valeur de la doctrine du *stare decisis* de la force obligatoire du précédent en droit constitutionnel. Nous l'avons signalée plus haut.

Ce dernier état de la jurisprudence n'est certainement pas définitif. Un élément de la décision n'apparaît pas dans le jugement. On a vu que l'Etat d'Oklahoma a fourni à la Cour la plupart des litiges concernant l'imposition de domaines publics et chaque fois il avait été débouté. La Cour n'a peut-être pas voulu infirmer cette jurisprudence ancienne à l'occasion d'une affaire où précisément l'Etat d'Oklahoma se trouvait indirectement en cause ^{348 bis}.

68. D) Brevets et Copyrights. — Complétant cette théorie de l'immunité fiscale des organes du gouvernement, dont nous avons étudié les zones frontières contestées, se greffait jusqu'à tout récemment l'exemption des brevets et des copyrights fédéraux. Les impôts d'Etat ne pouvaient atteindre les droits dont bénéficiaient leurs propriétaires. La Cour considère que le brevet sert un but public dont il est l'instrument et par là échappe à l'impôt ³⁴⁹.

348. *Forbes v. Gracey* 94 U. S. 762.

348bis. V. en effet l'arrêt *Com. of Internal Revenue v. J. ergins Trust* du 13 mars 1933 (1933 U. S. W.L. J. 4) qui limite strictement la décision de *Burnet v. Coronado*.

349. *Long v. Rockwood* 277 U. S. 142 (1928); 28 Col. L. R. 1100 (1928); WILLOUGHBY A, § 85.

O.-W. HOLMES, au nom de ses collègues STONE, BRANDEIS et SUTHERLAND, présente, dans un court et solide dissent, les raisons de leur opposition.

L'impôt n'établit aucune discrimination contre les brevets ; il atteint des revenus privés. Les Etats-Unis n'ont aucun intérêt direct ou indirect à l'immunité ainsi accordée à un particulier. Ce que la loi d'Etat ne peut faire, c'est détruire la valeur du brevet par des dispositions administratives ou fiscales. Cette hypothèse n'est pas réalisée, l'intervention de la Cour ne se justifie donc pas.

La Cour devait reprendre ce critérium. Elle n'invalide pas une loi de New-York imposant les sociétés de l'Etat et mesuré par un pourcentage du revenu net de l'année précédente, alors que ce revenu provenait en partie de copyrights fédéraux. Elle ne recherche même pas si les copyrights peuvent ou non être imposés et pose par l'organe de M. STONE les règles (elle ne les suit pas toujours) qui déterminent l'application de la théorie de l'immunité³⁵⁰.

Il faut rechercher l'effet réel de l'impôt, s'il affecte ou non le gouvernement protégé, ne pas restreindre indûment le pouvoir fiscal du gouvernement qui crée l'impôt, ne pas confondre la matière et la mesure de l'impôt.

En l'espèce même, en supposant que les copyrights échappent en principe aux taxes d'Etat, l'impôt envisagé demeure valide par application de la règle ainsi dégagée. L'impôt frappe un privilège : la reconnaissance par l'Etat de la société, comme personne morale juridique ; il n'envisage pas directement la valeur du copyright ou ses revenus. C'était distinguer, au surplus, la *ratio dicendi* de l'affaire *Macallen*.

La Cour va plus loin, infirme explicitement la décision de *Long v. Rockwood* et décide que les copyrights, comme les brevets, peuvent être frappés d'impôts d'Etat. A

350. *Educational Films Corp v. Ward* 282 U. S. 379 (1931) ; 31 Col L. R. 511 ; 44 H. L. R. 829 (1931).

ce propos, le Président HUGHES expose une fois de plus la théorie de l'immunité fiscale des organes du gouvernement, il se rapproche assez de la doctrine des dissents que nous avons analysés³⁵¹.

« La doctrine de l'immunité, déclare-t-il, ... essentielle au maintien de notre système dualiste, comporte des limitations inhérentes. »

La décision est importante, elle marque la dernière expression (en date) de la jurisprudence de la Cour Suprême.

§ 2. *Le commerce interfédéral et international.*

69. Souveraineté des Etats sur leur trafic domestique. La jurisprudence nouvelle. — Le pouvoir fiscal des Etats particuliers de l'Union Américaine ne s'étend pas au commerce interfédéral et international, soumis en principe à la juridiction, à la compétence exclusive des Etats-Unis³⁵².

Les Etats ne peuvent donc frapper ce commerce d'aucun impôt qui serait de nature à gêner son exercice, qui constituerait une charge (*burden*). La validité de toute législation fiscale va dépendre de la conception judiciaire du « *burden* ».

Si la charge est imposée directement au commerce, aucune difficulté sérieuse ne surgit ; elle est inconstitutionnelle en tous cas. C'est l'hypothèse d'un impôt frappant les biens ou les personnes en transit³⁵³, ou surtout le fait de se livrer au commerce interfédéral et les recettes brutes qui en proviennent³⁵⁴. La Cour invalide aussi les taxes qui ont pour objet de défavoriser le commerce

351. *Fox Film v. Doyal* 286 U. S. 123 (1932).

352. Pour une définition très large du « Commerce », V. WILLOUGHBY A. ch. 431 et 54; BURDICK, A. ch. VIII

353. BURDICK A, § 95; WILLOUGHBY A, § 628-29. Sauf la question de savoir où cesse le « transit », dépôt temporaire; la doctrine est nuancée; *Champlain Realty Co v. Town of Brattleboro* 260 U. S. 366; *People v. Compagnie générale Transatlantique* 107 U. S. 59 (1882).

354. WILLOUGHBY A, § 624-25, et 623; U. S. C. A. part. I, p. 313 et su'v. *Leloup v. Mobile* 127 U. S. 640 (1888).

interfédéral au bénéfice du commerce domestique de l'Etat ³⁵⁵. Par contre, la loi fiscale peut atteindre les propriétés, les patrimoines situés dans l'Etat appartenant à des entreprises qui se livrent au commerce interfédéral, si l'impôt, contre-partie de la protection accordée par l'Etat, est raisonnable ³⁵⁶. Enfin, le revenu *net* que le contribuable retire d'un commerce interfédéral ou international peut être valablement imposé par les Etats, au même titre que les autres revenus ³⁵⁷.

Mais la Cour n'a pas évité un élargissement progressif des règles de l'immunité fiscale du trafic interfédéral. Elle a été amenée à déclarer inconstitutionnels des impôts d'Etat frappant le commerce intérieur (*intrastate*) de sociétés dont l'activité générale s'étendait sur plusieurs Etats. Cette jurisprudence date de 1910. Auparavant, la Cour respectait le droit absolu et exclusif des Etats d'admettre ou non l'activité économique intérieure des sociétés étrangères sur leur territoire et, d'autre part, de mettre à la création de sociétés reconnues par eux, incorporées sous leurs lois, telles conditions qu'ils leur plairaient ³⁵⁸. Elle en tirait cette conséquence que le privilège de l'admission ou de l'incorporation dans l'Etat pouvait être assorti d'une contre-partie fiscale, même si par ailleurs la société se livrait au trafic interfédéral ³⁵⁹.

L'arrêt *Western Union Telegraph Co v. Kansas* marque un revirement complet. Il fait état d'une théorie célèbre, celle des « *conditions inconstitutionnelles* ». On ne peut utiliser un pouvoir constitutionnel pour transgresser une

355. WILLOUGHBY A, § 623.

356. WILLOUGHBY A, § 626 et 630; *Postal Teleg Co v. Adams* 155 U.S. 688 (1895).

357. WILLOUGHBY A, § 636; BURDICK A, p. 252; *U. S. Glue Co v. Town of Oak Creek* 247 U. S. 321 (1918); *Peck v. Lowe* 247 U. S. 165.

358. Par exemple si l'Etat de New-York ne peut interdire à un transporteur d'assurer un service entre cet Etat et un autre Etat, il lui était licite de prohiber tout trafic entre deux points de l'Etat.

WILLOUGHBY, A. ch. 59; ISSAACS I; *Bank of Augusta v. Earle* 13 Pet 519 (1839) *Paul v. Virginia* 8 Wall 168 (1869); *Security Mut. Ins Co v. Previtt* 202 U. S. 246 (1906).

359. *Osborne v. Florida* 164 U. S. 650; *Pullman Co v. Adams* 189 U. S. 420,

prohibition constitutionnelle. C'est l'hypothèse de la fraude à la constitution. Puis on présume simplement la fraude. Mais c'est une présomption *juris de jure*, irréfragable. La loi est intrinsèquement valide ; son application entraîne la violation d'un principe constitutionnel différent, considéré comme supérieur ou plus important. En l'espèce, c'est la liberté du trafic interfédéral.

Toute société désireuse d'exercer son activité dans l'Etat de Kansas était soumise à une taxe (*Charter fee*) variant avec le montant du capital (1/10 de 1/100 jusqu'à \$ 100.000 ; 1/20 de 1/100 jusqu'à \$ 400.000 ; \$ 200 au-dessus de \$ 500.000 et par million ou fraction de million). Les ressources étaient affectées au fond des écoles. La société du *Western Telegraph*, frappé d'un impôt de \$ 20.100, en conteste la validité. Et la Cour Suprême, distinguant les précédents, décide que l'impôt n'est pas dû, qu'il constitue le moyen d'atteindre indirectement le trafic interfédéral, inséparable du trafic intérieur³⁶⁰. La Cour ne cache pas, en effet, que l'abandon du trafic domestique entraînerait une diminution très sensible du commerce interfédéral.

Cette préoccupation, les juges dissidents (le Président FULLER, les juges PECKHAM, MC. KENNA et HOLMES) la critiquent avec force. Le juge HOLMES rappelle la jurisprudence qui permet aux Etats de fermer leur territoire aux sociétés étrangères qui veulent y exercer une activité locale, même si elles sont aussi entreprises interfédérales. Il considère que l'Etat de Kansas a usé légitimement d'un pouvoir constitutionnel. Le choix appartient à la Compagnie, abandonner le trafic *intrastate*, si le prix exigé est trop considérable. Il rejette l'application de la théorie des conditions inconstitutionnelles dans un domaine où le pouvoir de l'Etat est absolu et même arbitraire et se demande quelle voie de droit serait ouverte si l'Etat de Kansas, à la suite de la décision, interdisait purement et simplement à la *Western Union*

360. *Western Union v. Kansas* 216 U. S. 1; POWELL XI.

de se livrer à une activité locale sur son territoire. Comme la société opposait de plus un droit acquis, sous prétexte que l'Etat l'avait accueillie jusqu'à présent sans exiger le paiement d'une taxe, O.-W. HOLMES répond justement qu'on ne saurait opposer des droits acquis à une loi fiscale, dépourvue de tout effet rétroactif.

Mais la jurisprudence était confirmée peu après; la Cour annule une loi de Kansas interdisant précisément toute activité locale à la Compagnie Pullman, tant qu'elle ne s'acquitterait pas d'un « *charter fee* », au prorata de son capital.

Le juge HOLMES renouvelle son opposition. Il indique que la loi est impolitique et mérite la désapprobation, mais non d'une Cour de justice appliquant les règles du droit ³⁶¹.

Dès lors, la Cour va suivre cette doctrine ³⁶², avec quelques exceptions dictées, par exemple, par la faible importance de la taxe ³⁶³. La solution dépend aussi de la possibilité en fait de séparer le trafic interfédéral et le trafic domestique. Quand la question de fait devient un élément prépondérant de la décision, on peut dire que l'humeur du juge y joue un trop grand rôle.

70. Opposition des Juges de la minorité libérale (1925-1933). — La théorie a continué à être l'objet d'une opposition tenace de la part d'une minorité de juges.

Une société de Maryland est propriétaire et exploite un pipe-line entre l'Oklahoma et l'Illinois; le circuit passe par l'Etat de Missouri où aucun pétrole n'est délivré, mais où sont établies trois stations de pompage pour accélérer le passage du liquide. La Compagnie maintient son principal établissement dans cet Etat, qui l'a d'ailleurs autorisée à exercer un commerce local et lui a octroyé le droit d'*eminent domain* (d'expropriation pour

361. *Pullmann Co v. Kansas* 216 U. S. 56.

362. *Ludwig v. Western U. Teleg.* 216 U. S. 146; *A. T. and S. Ry Co v. O'Connor* 223 U. S. 280; *Looney v. Crane* 245 U. S. 178 (1917).

363. *Baltic Mining Co v. Mass.* 231 U. S. 568 (1913); *Kansas City Ry v. Kansas* 240 U. S. 227 (1916); *General Ry Signal Co v. Virginia* 246 U. S. 500 (1918).

cause d'utilité publique). Mais la Compagnie se refuse à payer un impôt annuel de franchise, calculé sur 1/10 du centième de son capital, dans le rapport existant entre le capital total et le capital employé dans l'Etat ³⁶⁴. La Cour Suprême accueille sa demande. Elle reconnaît que la société se livre à un trafic local, mais considère que ce trafic n'existe qu'en fonction de l'activité interfédérale qu'il permet ou complète (c'est-à-dire du transport du pétrole) ; cette connexité ne permet pas la séparation de fait ³⁶⁵.

Le juge BRANDEIS affirme dans un dissent que la conséquence logique de l'argumentation de la Cour serait l'interdiction de tout impôt d'Etat sur les sociétés partiellement engagées dans un trafic interfédéral. Il examine les faits, l'existence d'un capital important qui jouit de la protection de l'Etat, la faveur d'*eminent domain* dont bénéficie la société, la nature de l'impôt, taxe de franchise, dont le montant est peu élevé, qui frappe toutes les sociétés, et conclut à sa validité.

La Cour ne veut même plus tenir compte du chiffre de l'impôt. Dans l'affaire *Cudahy v. Hinckle* ³⁶⁶, elle le déclare expressément, infirmant ainsi le cas *Baltic v. Mass.* Elle invalide une loi de Washington qui frappe les sociétés étrangères venant exercer une activité locale dans l'Etat d'un droit d'enregistrement mesuré par un pourcentage du capital. Une imposition maxima de \$ 3.000 est prévue.

La minorité conteste les faits ; elle relève l'existence dans l'Etat d'une succursale et d'un entrepôt, note l'importance du chiffre d'affaires local et la limitation légale du montant de l'impôt. Le juge BRANDEIS, approuvé par O.-W. HOLMES, désapprouve ces extensions successives de jurisprudence, où la Cour détermine la validité de l'exercice du pouvoir fiscal par l'ombre et non la substance.

364. *Revenue Stat* 1919, §§ 9836-9845.

365. *Ozark Pipe Line v. Monnier* 266 U. S. 555 (1925); 25 Col. L. R. 506 (1925), 19 Ill. L. R. 665 (1925).

366. *Cudahy Packing Co v. Hinckle* 278 U. S. 460 (1929); 42 H. L. R. 952; 27 Mich. L. R. 108 (1929); 29 Col. L. R. 834 (1929).

De même, une société de téléphones se voit libérée d'obligations fiscales, correspondant aux privilèges qu'elle avait obtenus d'occuper les voies publiques, d'exproprier pour installer ses services. La Cour assimile la taxe à celles que nous avons étudiées ci-dessus ; elle touche au commerce interfédéral³⁶⁷.

HOLMES et BRANDEIS continuent à accepter ces impôts, sans influence directe ni matérielle sur le commerce. Ils ajoutent que la Compagnie paie le privilège double et important qu'elle a obtenu de l'Etat. La moitié de ses lignes occupent le domaine public, moins du tiers de son trafic est interfédéral³⁶⁸.

La dernière décision de la Cour ne modifie pas cette jurisprudence. L'évolution que nous avons indiquée plus haut n'atteint pas ce domaine du droit. Une loi d'Alabama frappe les sociétés étrangères d'une taxe de franchise calculée sur un pourcentage du capital employé dans l'Etat³⁶⁹. Elle est invalidée³⁷⁰.

Le juge CARDOZO, porte-parole de la minorité, souligne une fois de plus l'argument essentiel : la taxe frappe le privilège accordé à la société étrangère d'exercer une activité locale. Il invoque les récentes décisions, en matière d'imposition des organes de gouvernement où la Cour recherche l'effet réel de la contribution. Dans le cas particulier, il estime que le commerce interfédéral ou international n'est en aucun façon gêné.

Les administrations fiscales des Etats se heurtent, en présence de cette jurisprudence incertaine, à des difficultés graves qui compliquent sérieusement leur tâche. Il leur est impossible de trouver des guides sûrs dans les arrêts de la Cour, où le concept de la « séparation de fait » domine. La validité, non seulement de l'impôt,

367. *New Jersey Bell Telephone Co v. State Board of Taxation* 280 U. S. 338 (1930); 28 Mich. L. R. 1062; 39 Y. L. J. 750.

368. La Cour avait plusieurs fois sanctionné des taxes similaires : *Postal Teleg. Cable Co v. Richmond* 248 U. S. 94 (1919); MACKAY, *Tel. and Cable Co v. Little Rock* 259 U. S. 94 (1919).

369. Lois d'Alaba. *General Acts* 1927 (n° 163, § 54 p. 176).

370. *Anglo Chilean Nitrate Sales Corp v. State of Alabama* 53 Sup. Ct. 373 (1933); 42 Y. L. J. 963; 46 H. L. R. 1024; distinguant *New York v. Roberts* 171 U. S. 658 (1898).

mais de l'application particulière d'un impôt déterminé, est une pure question d'espèces qui dépend souvent des circonstances parfaitement a-juridiques où l'humeur du juge n'est pas sans importance.

Le Congrès est saisi d'une proposition de loi, précisant le critérium de l'imposition. Certains vont plus loin et demandent la prise en charge par le Gouvernement fédéral de la perception de cette catégorie d'impôt et leur répartition entre les Etats ³⁷¹.

Nous verrons plus loin que les décisions de la Cour, concernant les conflits des juridictions fiscales et les doubles impositions, soulèvent un problème identique.

§ 3. *La définition constitutionnelle de l'impôt direct.*

71. Variations judiciaires sur le XVI^e Amendement. — La définition de l'impôt direct, ou plus justement la liste constitutionnelle des impôts *directs*, a été profondément modifiée à la fin du XIX^e siècle par une Cour Suprême inquiète des mouvements sociaux de l'époque ³⁷². Jusqu'à là, la notion d'impôt direct, purement historique, ne comprenait que les capitations et les impôts fonciers. Une loi créant un impôt sur le revenu avait été reconnue valable, comme impôt indirect, par une Cour unanime ³⁷³. La nouvelle jurisprudence exigeait la répartition du montant de l'impôt parmi les Etats, au prorata de leur population ; c'était rendre absolument impraticable tout impôt fédéral sur le revenu. Le passage du XVI^e Amendement, en 1913, permit le vote d'un impôt sur le revenu qui devait être la source la plus importante des recettes fédérales.

Dans l'affaire *Eisner v. Macomber* ³⁷⁴, la Cour restreint

371. V. 52 Y. L. J. 1096 (1933); 40 Y. L. J. 1273 (1931).

372. *Pollock v. Farmer's L. and T Co* 157 U. S. 429 et 158 U. S. 601 (1895) décide que les impôts sur les revenus des biens meubles et immeubles sont *directs*; BULLOCK I.

373. *Springer v. U. S.* 102 U. S. 586.

374. 252 U. S. 189 (1920); 29 Y. L. J. 678; WILLOUGHBY A., § 410; C. E. CLARK I.

la portée de l'Amendement. Elle décide que des dividendes distribués sous forme d'actions ne constituent pas un *revenu*. Le Congrès ne peut les atteindre que par un impôt de répartition. La loi de finances du 8 septembre 1916, dans la mesure où elle frappe ces dividendes-actions, sans respecter l'article premier, section 2, cl. 3, et section 9, cl. 4, de la Constitution, est invalidée.

Pour justifier sa décision, la Cour s'astreint à une longue argumentation sur la nature du *revenu*, gain venant du capital et non s'ajoutant au capital, comme dans le cas d'un dividende sous forme d'actions. Dans ce cas, il n'y a pas revenu, mais division du capital³⁷⁵. Le titre ancien original voit sa valeur diminuée du montant du titre nouveau distribué. La société n'est pas plus pauvre et l'actionnaire n'est pas plus riche. La taxe frappant le dividende-action est une taxe sur une augmentation du capital et non sur un revenu. Elle ne peut être perçue que suivant les modalités prévues par la Constitution pour les impôts directs.

A ces distinctions subtiles, le juge BRANDEIS, d'accord avec son collègue CLARK, oppose l'historique détaillé du procédé de distribution des bénéfices sociaux sous forme d'action. Il revêt deux formes : la remise pure et simple de dividende-action ou la déclaration d'un dividende combiné avec une émission d'actions offerte au même moment aux actionnaires. Le règlement se fait par compensation. Les deux procédés sont considérés comme équivalents par les milieux financiers ; leur emploi dépend des lois sur les sociétés, de l'état du marché. A son avis, le revenu d'un actionnaire, c'est ce qu'il touche de temps à autre sur les bénéfices de la société, indépendamment de la forme du dividende ou du procédé employé pour en faire le service. L'action représente un profit capitalisé.

Mais l'opinion de la Cour estimait que le dividende-action n'est pas un revenu, mais un simple espoir de

375. A. R. SELIGMAN, *Are Stock-Dividends Income* 9 Am. Ec. R. n° 3, p. 517.

revenu qui peut disparaître. A cela, le juge **BRANDEIS** répond excellemment que le dividende distribué en espèce comporte le même aléa. A la liquidation de l'entreprise, qui seul détermine définitivement la réalité des bénéfices, le dividende-espèce pourra apparaître comme une répartition du capital.

Le juge note que les profits non distribués de la société auraient pu être imposés. La Cour frustre la volonté du Congrès qui — raisonnable — a limité l'impôt aux bénéfices répartis, mais sous n'importe quelle forme. Elle favorise les fraudes fiscales et construit étroitement un pouvoir essentiel de l'Etat.

Dans un court dissent, **HOLMES**, approuvé par le juge **DAY**, rappelle la Cour au respect de la volonté populaire, exprimée dans un amendement clair :

« Le but connu de cet amendement, écrit-il, fut de se débarrasser de problèmes délicats, concernant les impôts directs, et je ne puis douter que la plupart des gens, sauf les gens de loi, supposaient en le votant qu'ils en finissaient avec des questions comme celle-ci. »

La jurisprudence est confirmée un peu plus tard ³⁷⁶.

Mais elle a été sérieusement battue en brèche par de nombreuses décisions de la Cour qui donnent⁴ au Congrès un pouvoir discrétionnaire pour déterminer les circonstances dans lesquelles un bénéfice peut être imposé ³⁷⁷.

§ 4. *Privilège fiscal des Juges fédéraux.*

72. Evans v. Gore. — L'article 3, section I de la Constitution dispose que le traitement des juges fédéraux ne peut être diminué pendant la durée de leurs fonctions.

Par application de ce texte, la Cour Suprême a décidé

376. *Miles v. Safe Deposit and Trust Co* 259 U. S. 247.

377. *U. S. v. Anderson* 269 U. S. 422 (1926); *Aluminium Castings Co v. Routzahn* 282 U. S. 92 (1930); *Burnet v. Sanford and Brooks Co* 282 U. S. 359 (1931); *U. S. v. Kirby Lumber Co* 284 U. S. 1 (1931); V. 45 H. L. R. 1072.

que l'impôt sur le revenu ne pouvait frapper leur traitement. Elle lui donne, en effet, une large interprétation pour assurer l'indépendance essentielle du juge, dans l'intérêt public. Tout ce qui diminue le traitement est inconstitutionnel ; sinon, par un impôt excessif, il serait possible de le faire disparaître. Le juge VAN DEVANTER cite les nobles paroles de MARSHALL : « Le juge doit être parfaitement indépendant avec rien qui influe sur lui ou le domine, si ce n'est Dieu et sa conscience. »³⁷⁸

Prise de scrupule, cependant, la Cour indique qu'on ne peut récuser son arrêt, sous le prétexte qu'elle serait intéressée personnellement. « Nous avons tous payé nos impôts », affirme le juge VAN DEVANTER.

Pourquoi ne pas se rallier à la décision du juge d'appel, approuvée par HOLMES et BRANDEIS ?

O.-W. HOLMES indique que la constitution interdit une intervention directe sur le traitement des juges.

L'obligation que le juge EVANS veut esquiver pèse sur tous les citoyens ; elle n'a pas été créée pour briser son indépendance. Le juge HOLMES analyse l'imposition contestée ; elle frappe le revenu net ; le salaire a perdu son individualité, son caractère spécifique dès qu'il a été incorporé au revenu global ; l'immunité cesse à ce moment. Il rapproche cette situation de cas voisins ; en matière d'imposition du commerce interfédéral ou international, le revenu net est imposable bien que la recette brute ne le soit pas³⁷⁹.

Un dernier argument est tiré des dispositions de l'Amendement XVI, qui autorise l'imposition de tous les revenus quelle que soit leur source. Mais la Cour l'avait rejeté dans l'affaire *Eisner v. Macomber*.

L'effort des « dissents » demeura sans résultat puisque la Cour décide, peu après, que l'immunité s'étend même aux juges entrés en fonctions après le vote de la loi d'impôt³⁸⁰.

378. *Evans v. Gore* 253 U. S. 245 (1920); LOWNDES III.

379. WILLUGHBY A, § 411.

380. *Miles v. Graham* 268 U. S. 501; rapprocher deux décisions récentes;

§ 5. *Les conditions du « due process »* ^{380 bis}

73. Notion générale. — La doctrine du *due process* appliquée au droit fiscal se limitait traditionnellement aux trois notions essentielles : de but public, de juridiction, de procédure régulière de recouvrement et d'assiette (*notice et hearing*) de l'impôt.

La plus complexe, la notion de compétence fiscale des Etats, la détermination de la matière imposable que leurs lois peuvent légitimement atteindre, qui se trouve sous leur juridiction, a été complètement modifiée par une série d'arrêts très récents dans le domaine des impôts de successions. Ces nouvelles règles qualifiant le *due process* constituent une tentative limitée d'éliminer par la voie judiciaire les doubles-impositions (A).

Mais la doctrine s'est enrichie de conditions nouvelles. La Cour a restreint le recours aux présomptions fiscales, en exigeant que la preuve contraire soit toujours réservée au contribuable (B). Elle a fait une stricte application de la notion de rétroactivité de la loi d'impôt (C).

La clause d'égale protection a reçu une interprétation particulièrement libérale en matière fiscale où les classifications sont nombreuses et nécessaires. Dans quelques hypothèses, la Cour n'a pas tenu compte de cette jurisprudence constante (D). Enfin, en appliquant les stipulations d'immunité fiscale inscrites dans les emprunts publics, la Cour a donné une interprétation extensive à la disposition constitutionnelle qui interdit aux Etats de porter atteinte aux obligations nées des contrats (E).

74. (A) Les doubles impositions ³⁸¹. — La Constitution américain ne prévoit aucun moyen d'éviter les dou-

la protection constitutionnelle s'applique aux juges du *District of Columbia* : *O'Donoghue v. U. S.* 29 mai 1933, *U. S. W. L. J.*, p. 292; non aux juges de la *Court of Claims* : *Williams v. U. S.* 29 mai 1933, *U. S. W. L. J.*, p. 298, qui est considérée comme un tribunal « législatif » et non « constitutionnel »

^{380bis}. POWELL XII; NOSSAMAN I.

³⁸¹. V. sur le problème en général G. JÈZE, *Cours de Finances publiques* (1930), p. 378; R. A. SELIGMAN, *Double Taxation and International Fiscal Cooperation*; spécialement pour les *U. S. A.* : H. ROTTSCHAEFER I, II, III.

bles- impositions effectuées par les différents Etats de l'Union. La Cour Suprême applique, d'une façon générale, aux Etats particuliers, les principes du droit international public qui gouvernent les rapports des Etats souverains entre eux. Son rôle a été jusqu' ces dernières années essentiellement négatif ³⁸². L'existence de doubles-impositions n'est pas inconstitutionnelle ³⁸³. En particulier, l'impôt sur le revenu peut être perçu par l'Etat du domicile, sur des revenus tirés d'un autre Etat ³⁸⁴ et par l'Etat d'où le revenu est tiré, même si le bénéficiaire ne réside pas dans l'Etat ³⁸⁵. L'exigence du *due process* se manifeste seulement par deux règles : les biens immobiliers ³⁸⁶ et les meubles corporels ne peuvent être imposés que dans l'Etat où ils se trouvent ³⁸⁷. Encore la seconde règle n'était-elle pas conforme aux précédents ³⁸⁸. Lors de son adoption par la Cour en 1905, le juge O.-W. HOLMES, dans un dissent approuvé par le Président FULLER, déclarait : « Le résultat de la décision de la Cour est probablement désirable, mais je comprends difficilement qu'on puisse le déduire de l'Amendement XIV. » ³⁸⁹

Dans l'application de cette jurisprudence, la Cour se fondait anciennement sur l'absence de juridiction, parce que la propriété imposée est hors du territoire de l'Etat qui tente de la frapper. Mais au moment où elle l'étend aux meubles corporels, ce moyen n'est plus suffisant, car il ne permet pas d'écarter purement et simplement la règle traditionnelle « *mobilia sequuntur personam* ». La Cour invoque dès lors le XIV^e Amendement, le *due process* ³⁹⁰.

382. R. A. SELIGMAN V° *Double Taxation* in E. S. S.; WILLOUGHBY A, ch. 103; *Blackstone v. Miller* 188 U. S. 189; *Kidd v. Alabama* 188 U. S. 730.

383. *Davidson v. New Orléans* 96 U. S. 97 (1878); *Fort Smith Lumber Co v. Arkansas* 251 U. S. 232 (1920); *Shaffer v. Carter* 252 U. S. 37 (1920).

384. *Maguire v. Treffey* 253 U. S. 72 (1920).

385. *Shaffer v. Carter*, *supra*, note 383.

386. *Louisville and Jeffersonville Ferry Co v. Kentucky* 188 U. S. 385 (1903).

387. *Union Refrigerator v. Kentucky* 199 U. S. 194 (1905); *Delaware, L. and W. Ry Co v. Pennsylvania* 198 U. S. 34 (1905); WILLOUGHBY A, § 1242.

388. *Coe v. Errol* 116 U. S. 517 (1886).

389. *Union Refrig. v. Kentucky*, l. c., p. 211.

390. WILLOUGHBY A, p. 1902.

En 1925, la Cour applique le critérium à un impôt de succession et décide que l'Etat du domicile du *de cujus* ne peut frapper les droits mobiliers corporels, situés dans un autre Etat ³⁹¹.

Ces principes sont semble-t-il observés par la Cour dans les rapports entre les Etats-Unis et les ressortissants d'Etats étrangers ³⁹².

On aperçoit immédiatement qu'un vaste domaine demeure ouvert aux doubles-impositions. Les droits mobiliers incorporels peuvent être frappés à la fois par l'Etat où ils sont créés et par l'Etat du domicile du bénéficiaire ou du propriétaire ³⁹³. Il en est ainsi pour les actions ³⁹⁴, les hypothèques ³⁹⁵, les créances en général ³⁹⁶, les revenus ³⁹⁷.

De même le transfert successoral de droits incorporels peut être imposé par l'Etat où le droit est né et celui du domicile du *de cujus* ³⁹⁸.

Mais cette double-imposition d'un actif successoral n'est plus possible aujourd'hui. En 1903, au moment de l'accroissement considérable des richesses mobilières corporelles, la Cour les soustrait aux multiples contributions qui pourraient s'abattre sur elles. Vers 1929, elle va tenter la même opération au profit des valeurs incor-

391. *Frick v. Pennsylvania* 268 U. S. 472 (1925).

392. *De Ganay v. Lederer* 250 U. S. 376 (1919); WILLOUGHBY A, § 412; V. cependant U. S. v. *Bennett* 232 U. S. 299 (1914); *Cook v. Tail* 265 U. S. 55; et *infra*, note 403.

393. V. cependant la décision ancienne, mais dépassée : *State Tax on Foreign Bonds* 16 Wall 300 (1873); d'autre part les *concessions* octroyées par un Etat ne peuvent être imposées par un autre Etat : *L. and. J. Ferry Co v. Kentucky* v. *supra*, note 386; et le simple dépôt dans un Etat de titres, représentant des droits incorporels dont le créancier et le débiteur sont domiciliés dans d'autres Etats, ne donne pas à ces valeurs un *situs* d'imposition dans cet Etat : *Buck v. Beach* 206 U. S. 392 (1907).

394. *Tappan v. Merchants Nat. Bk* 19 Wall 490; *Corry v. Baltimore* 196 U. S. 466; *Hawley Malden* 232 U. S. 1 (1914).

395. *Savings and Loan Soc v. Multnomah Co* 169 U. S. 421 (1898); *Kirtland v. Hotchkiss* 100 U. S. 491 (1879).

396. *New Orleans v. Slampel* 175 U. S. 309 (1899); *State Board of Assessors v. C. N. d'Escompte* 191 U. S. 388 (1903); *Metropolitam Life Ins. Co v. New Orleans* 205 U. S. 395 (1907).

397. V. *supra*, notes 384 et 385.

398. *Blagstone v. Miller* 188 U. S. 189 (1903); *Blodgett v. Sillerman* 278 U. S. 1.

porelles, au moment même où, atteignant un sommet, elles vont s'effondrer pour un temps. La Cour applique intégralement cette nouvelle doctrine en matière d'impôts successoraux.

75. Tendances nouvelles. — Ce désir d'éviter les doubles-impositions remplace la préoccupation que la Cour a manifestée plus volontiers entre 1910 et 1920 de réprimer les évasions fiscales³⁹⁹. Il s'exprime implicitement en 1927 dans une affaire qui met aux prises l'administration fiscale des Iles Philippines et une société de tabacs locale et soulève une question de juridiction fiscale⁴⁰⁰. L'article organique, charte constitutionnelle des Iles, contient une disposition identique à la formule de *due process* de l'Amendement XIV. Les mêmes principes sont donc en jeu⁴⁰¹.

La Compagnie générale des tabacs des Philippines, société espagnole, assurait les marchandises envoyées à l'étranger, auprès d'une société française. Les primes d'assurance étaient payées à Barcelone où la Compagnie possède son siège social, mais portées au débit de la succursale de Manille ; le risque couvert, s'il se réalisait, devait être payé à Paris. La société d'assurances française n'avait aucun agent aux Philippines.

La loi sur les assurances impose une taxe de 1 % sur le montant des primes, payable par les sociétés quand elles sont autorisées et représentées dans les Iles, par l'assuré s'il s'est adressé à une société étrangère⁴⁰².

L'impôt est réclamé, en vertu de cette disposition, à la Compagnie des Tabacs, qui en conteste la validité.

La Cour Suprême fait droit à sa demande ; elle considère que la taxe a pour but de limiter la liberté de la Compagnie en l'obligeant à s'adresser à une société locale si elle ne veut pas subir l'impôt. Le *due process* exige, au contraire, qu'une société étrangère puisse exercer une

399. V. *infra*, p. 206 et suiv.

400. *Compañá General de Tabacos de Filipinos v. Collector of Internal Revenue* 275 U. S. 87 (1927) ; 26 Mich. L. R. 803 ; 41 H. L. R. 390.

401. *Act of Congress* du 29 août 1916 ; 39 *Statutes* 545.

402. 9 *Public Laws* 202.

activité économique hors de la souveraineté d'un Etat, sans s'exposer aux prohibitions, réglementations ou exactions de cet Etat.

Mais ce raisonnement est complété par l'affirmation que l'impôt exigé frappe un *contrat*, qui n'a pas été fait aux Philippines, qui n'y possède pas de *situs* et qui, par conséquent, ne peut être soumis à la juridiction fiscale de ce protectorat.

La décision repose sur une pétition de principe incontestable. En effet, en principe, la liberté que protège le *due process* ne s'étend pas au domaine fiscal. Le président TAFT, dans l'opinion de la Cour, ne peut que le constater, mais il ajoute que l'impôt peut entraver la liberté protégée, quand il atteint une matière imposable qui se trouve hors du pouvoir fiscal de la juridiction de l'Etat. Seulement il ne justifie pas cette affirmation.

Le dissent, rédigé par O.-W. HOLMES, approuvé par L.-D. BRANDEIS, le montre bien. A son avis, l'impôt ne peut être assimilé à une amende dont le but serait d'éliminer les assurances étrangères : les assurances locales sont frappées également. La juridiction fiscale existe ; la Compagnie des Tabacs possède une succursale, des biens à Manille ; elle reçoit une protection certaine du Gouvernement des Philippines ; les primes payées à Barcelone sont supportées en définitive par l'agence des Philippines. L'exonération de la taxe constituerait bien une discrimination, mais au profit des assurances étrangères. Il est juste, selon la minorité, de les frapper comme les assurances locales.

La décision, malgré la faiblesse de son argumentation juridique, est intéressante : elle est le signe d'une réaction contre les doubles-impositions. D'autre part, elle montre que la Cour applique les règles déterminant la juridiction fiscale, même dans les rapports avec les Etats étrangers, ce qui avait été contesté ⁴⁰³.

403. WILLOUGHBY A, p. 716-17 un revirement certain s'est produit en 1933 dans l'affaire *Burnet v. Brooks*, *U. S. W. L. J.*, p. 33 (13 mars 1933), où par la voix du président HUGHES la Cour décide, (par 7 voix contre 1, celle du juge BUTLER) que les valeurs incorporelles, propriété d'un étranger non domicilié, ni résident des U. S. A., mais déposées chez son banquier qui en perçoivent les revenus à New-York, doivent être comprises dans sa

En 1929, la Cour exprime la même tendance ; dans un *dictum*, elle affirme qu'il est irrationnel de taxer les mêmes valeurs au même moment dans deux Etats. C'est l'affaire *Safe Deposit and Trust Co v. Virginia*⁴⁰⁴. L'Etat de Virginie avait imposé d'une taxe de propriété (*property tax*) les bénéficiaires domiciliés dans l'Etat d'un trust géré par une société domiciliée dans l'Etat de Maryland. La Cour déclare que le *situs* d'imposition des valeurs constituant le trust se trouve uniquement dans l'Etat de Maryland où est domicilié le propriétaire légal ; les propriétaires en équité (les bénéficiaires) ne peuvent être imposés, dans un autre Etat, sur l'intérêt qu'ils possèdent sur le trust. L'application de la maxime « *mobilia sequuntur personam* » est inacceptable, car elle ferait naître une injustice.

Certes, la décision peut trouver son explication dans une analyse spéciale des rapports juridiques existant en cas de trust. Le *trustee*, le fidéicommissaire peut être considéré comme le seul propriétaire légal des valeurs en trust. Dès lors, le bénéficiaire ne peut être imposé sur des droits, sur des valeurs, sur un patrimoine incorporel dont il n'est pas titulaire.

Mais les motifs de la Cour étaient beaucoup plus larges...

Aussi le juge STONE, s'il accepte la décision, ne les approuve pas et le juge HOLMES n'hésite pas à exprimer un dissent.

sa succession et assujetties à la taxe fédérale (Sect 303-307 *Revenue Act de 1924*) ; ces valeurs doivent être considérées comme des biens « situés aux Etats-Unis », au termes de la loi. M. Hughes invoque une décision de la Chambre des Lords (*Winans v. Attorney General* 1910, *A. C.* 27) ; pour écarter les récents arrêts de la Cour (*infra*, § 70) en matière d'impôts successoraux, il déclare « Le point décisif, c'est que le critérium du pouvoir fiscal des Etats particuliers, en vertu de la relation existant entre chaque Etat, d'après la Constitution, n'est pas le critérium du pouvoir fiscal des Etats-Unis, en vertu de sa souveraineté sur les biens des non-résidents. La constitution ne crée entre les Etats-Unis et les pays étrangers aucun lien comparable à celui qu'elle crée entre les Etats de l'Union eux-mêmes » : *V. 42 Y. L. J.* 1277 (1933) ; la décision éclaire le caractère nettement *politique* du *due process*, qu'on fait servir au commun profit des Etats de l'Union, mais qui ne reçoit plus application dans les relations avec les Etats étrangers ; s'il s'agissait d'une notion purement *juridique*, la décision serait difficilement conciliable avec les arrêts analysés § 70 *infra*.

404. 280 *U. S.* 83 ; 28 *Mich. L. R.* ; 39 *Y. L. J.* 589 ; 43 *H. L. R.* 668 30 *Col. L. R.* 531, 539 (1930).

Il repousse l'analyse traditionnelle et peut-être dépassée qui voit dans le trust une organisation particulière du droit de propriété ; il le définit droit de créance. Il constate que les bénéficiaires ont un droit éventuel à la propriété des valeurs en trust, que l'Etat de leur domicile peut imposer, sans violer l'Amendement XIV. Il rappelle la règle essentielle qui permet l'imposition des droits incorporels par l'Etat du débiteur et par l'Etat du créancier.

Jusqu'à présent, la décision dans l'affaire *Safe Deposit* demeure limitée au cas particulier des trusts ; mais le principe de l'arrêt pourrait être facilement appliqué à l'imposition des droits incorporels.

76. Application en matière d'impôts sur les successions. — Cette transformation a été réalisée en matière d'impôts sur les valeurs incorporelles faisant partie des successions ⁴⁰⁵.

Le transfert successoral des droits incorporels échappe aujourd'hui aux doubles-impositions. Seul l'Etat du domicile du *de cujus* est compétent pour taxer le transfert. Une exception est possible quant aux valeurs ayant acquis dans un Etat autre que celui du domicile du *de cujus* une « situation d'affaires » (*business situs*). Ce cas ne s'est pas encore présenté, mais les décisions récentes l'ont réservé.

Les éléments du *business situs* n'ont pas été définis ; ils paraissent difficiles à réaliser. Même dans ce cas, il est probable que la Cour éliminera la double-imposition en écartant la juridiction de l'Etat du domicile.

Cette évolution ne s'est pas faite sans opposition de la part des juges qui veulent limiter le pouvoir judiciaire à sa fonction normale et répudient la conception et la pratique qui en ont fait une sorte d'arbitre au-dessus de la Constitution. Au surplus, ces juges évoquent le trouble porté dans l'administration fiscale des Etats par la nouvelle jurisprudence, le déséquilibre de ressources

405. LOWNDES I; MASON I.

qu'elle a pu créer dans certains Etats, les lacunes forcées et dangereuses inhérentes à toute réglementation judiciaire, essentiellement négative.

Il faut se demander, au surplus, si la jurisprudence valable pour les impôts de successions ne l'est pas pour d'autres formes d'impôts, impôt sur le revenu, impôts sur les créances.

Ce serait alors un bouleversement général du système fiscal des Etats de l'Union Américaine.

Dans un premier arrêt de 1930, la Cour décide que l'Etat de Minnesota ne peut, sans violer la clause de *due process*, imposer une taxe successorale sur le transfert d'obligations de l'Etat, qui se trouvent dans la succession d'un *de cujus* domicilié dans l'Etat de New-York ⁴⁰⁶.

On aurait pu interpréter cette décision comme une extension de la règle *mobilia* déterminée par la présence des titres dans l'Etat du domicile du *de cujus*. La Cour aurait pu invoquer cette circonstance spéciale que les obligations avaient été émises par l'Etat de Minnesota qui s'engage de ce fait à en permettre le transfert entre vif ou à cause de mort, alors qu'au contraire, quand il s'agit de créances dues par un particulier domicilié dans l'Etat, la protection légale de cet Etat est nécessaire pour que le transfert à cause de mort, transfert qui constitue un privilège, soit possible. Elle n'a, d'ailleurs, pas envisagé le second point. Elle aurait pu suivre le raisonnement du juge STONE qui se place uniquement au point de vue du transfert successoral réalisé à New-York, en vertu des lois de cet Etat, en dehors de toute intervention des lois de Minnesota. Mais la doctrine de l'arrêt est beaucoup plus large. La Cour entend protéger les droits incorporels contre les multiples impositions dont ils sont frappés dans les différents Etats ; elle veut éviter les abus et les injustices. Elle constate que les doubles-impositions ne peuvent que créer des causes de

⁴⁰⁶. *Farmers Loan and Trust Co v. Minnesota* 280 U. S. 204 (1930); 28 Mich L. R. 916; 29 Mich. L. R. 93; 43 H. L. R. 792; 30 Col. L. R. 404.

frictions entre les Etats particuliers, ce qui est contraire au but poursuivi par les fondateurs de l'Union. Elle déclare donc que, comme les meubles corporels, les meubles incorporels ne doivent pouvoir être taxés que par un seul Etat. Elle infirme expressément le précédent *Blackstone v. Miller*.

Dans son dissent approuvé par M. BRANDEIS, le juge HOLMES répond qu'aucune objection constitutionnelle n'existe contre les doubles-impositions. A son avis, il n'appartient pas à la Cour de faire triompher un système fiscal particulier, d'imposer une politique fiscale éclairée aux Etats. Il faut et il suffit que la loi de Minnesota soutienne l'existence de l'obligation pour que le pouvoir fiscal soit reconnu. Le juge considère que la loi de Minnesota assure cette pérennité des obligations et permet leur transfert à l'héritier. C'est le critère traditionnel. La Cour force le sens de l'Amendement XIV en prétendant trouver le principe de sa décision. « L'amendement, insiste O.-W. HOLMES, ne condamne pas tout ce que nous pouvons estimer indésirable pour des motifs sociaux ou économiques. »⁴⁰⁷

Le désaccord du juge STONE et de la minorité dissidente ne porte que sur un point particulier, l'influence de la loi de Minnesota sur le transfert. Sur le principe, ils s'opposent pour les mêmes raisons aux développements extra-constitutionnels de la majorité.

Dès lors, la cause est jugée. La Cour va décider un peu plus tard que l'Etat où se trouvent déposées des valeurs diverses, obligations des Etats-Unis, billets à ordres signés par des citoyens de cet Etat ou garantis par des hypothèques sur des terres de l'Etat, comptes en banque, ne possède du fait de cette présence aucune juridiction fiscale sur ces biens à l'effet de frapper leur transfert à cause de mort d'une taxe successorale. Seul, l'Etat du domicile du *de cuius* est compétent⁴⁰⁸.

407. Il ajoute p. 218 : « Il faut lire pas mal de chose dans l'Amendement XIV pour lui donner quelque rapport avec l'affaire. »

408. *Baldwin v. Missouri* 281 U. S. 586 (1930) intimant 323 Mo. 207; 30 Col. L. R. 1071 (1930).

Deux dissents sont exprimés. Le juge STONE estime que, dans l'espèce, la protection et le rôle nécessaire des lois de Missouri justifient l'imposition. Les abus dénoncés par la Cour dans les affaires précédentes ne sont pas possibles, car le possesseur de ces valeurs n'est pas obligé de les déposer dans un Etat où il n'est pas domicilié. S'il le fait, ou il veut s'assurer une certaine protection de la part de cet Etat, ce qui justifie la taxe, ou bien il cherche à éluder l'impôt, car l'Etat de son domicile ne peut atteindre les valeurs déposées dans un autre Etat.

Il est vrai que la Cour n'est pas émue par ces probables évasions fiscales ; la règle de l'unité d'imposition ne peut fléchir, car elle est protégée par la loi suprême, par la Constitution.

Ce n'est pas l'avis du juge HOLMES ; dans son court et incisif dissent, il exprime son anxiété plus que profonde de voir la Cour élargir peu à peu « jusqu'au ciel » les limitations impliquées par l'Amendement XIV.

« Les mots « *due process of law* », pris dans leur sens littéral, n'ont aucune application dans cette affaire et bien qu'il soit trop tard pour nier qu'on leur a donné une signification beaucoup trop extensive et artificielle, nous devrions nous souvenir de la grande prudence montrée par la Constitution à limiter le pouvoir des Etats, et être lents à interpréter la disposition du XIV^e Amendement comme confiant à cette Cour, sans aucun guide que sa propre discrétion, le soin de déterminer la validité de toutes les lois votées par les Etats. »

Il indique que la politique de la Cour, fût-elle excellente, doit être réalisée par des accords d'Etats à Etats, par l'adoption de lois uniformes, mais non pas « en invoquant une prohibition constitutionnelle tirée du néant de l'Amendement XIV »⁴⁰⁹.

Ce dissent est à retenir, car il est véritablement le testament constitutionnel du vénérable juge, sur le sens,

409. Compare; *Reciprocal and Retaliatory tax statutes* 43 *H. L. R.* 641; *Frankfurter and Landis*, I.

la portée de la clause de *due process*, il demeure sans influence aucune sur la Cour. Le fait est inquiétant et mérite d'être signalé ; car d'autres indices semblaient montrer une évolution différente de la Cour.

La jurisprudence est confirmée dans l'affaire *Beidler v. South Carolina Tax comm's* ⁴¹⁰. La loi fiscale de la Caroline du Sud ne peut imposer un transfert à cause de mort d'une créance dont le débiteur et non le créancier *de cujus* est domicilié dans l'Etat.

L'arrêt ne retient pas l'existence d'une « situation d'affaire » (*business situs*) en Caroline du Sud, malgré des circonstances favorables (le *de cujus* s'intéressait aux affaires de la société dont il était créancier ; c'était même l'actionnaire le plus important, propriétaire de la majorité des actions). La Cour se montre donc très sévère pour en reconnaître l'existence.

77. Persistance des critiques des juges dissidents. Incertitude de la doctrine de la Cour. — Le cycle de la théorie s'achève — quant aux impôts sur les successions — en 1932, par une décision qui interdit à l'Etat d'incorporation d'une société d'imposer le transfert des actions, si le *de cujus* est domicilié dans un autre Etat. Ce n'est évidemment que le complément naturel du premier arrêt, l'arrêt *Farmers Loans* qui avait interdit, dans des conditions presque identiques, l'imposition d'obligations ⁴¹¹.

Cependant, la Cour développe longuement son opinion, peut-être parce que l'Etat du Maine avait pris la précaution de ne frapper les titres que sous déduction de l'impôt successoral déjà payé dans l'Etat du domicile du *de cujus*, le Massachusetts. C'était une méthode élégante de résoudre le problème, conforme d'ailleurs à certaines décisions de la Cour Suprême dans la mesure où l'impôt total payé n'était pas tellement considérable,

410. 282 U. S. 1 (1930); 29 Mich. L. R. 389.

411. *First National Bank v. Maine* 284 U. S. 312; LOWNDES II; A. L. HARRING, *Taxation of Shares in Domestic corporations* 27 Ill. L. R. 886 (1933).

qu'il constituait une confiscation contraire au *due process*. La Cour ne s'y arrête pas.

Le transfert à cause de mort est un événement unique qui ne peut se produire dans plusieurs Etats au même moment. Cela résulte de la nature des choses ; toute autre opinion comporte une contradiction logique inhérente, inconciliable avec la nature véritable du processus correct de la pensée.

Cette série d'arguments offerts par le juge SUTHERLAND, au nom de la Cour, rappelle étrangement les syllogismes rigides, abstraits, de la méthode scolastique. Elle n'est donc pas encore discréditée sur le banc de la Cour, malgré les efforts et les résultats que nous avons signalés. Ajoutons que tout en refusant d'appliquer au transfert des actions l'impôt normal sur les successions, l'opinion de la Cour indique expressément que l'Etat d'incorporation pourrait, en vertu de ses pouvoirs sur les sociétés, créer une taxe spéciale sur le transfert à cause de mort des actions possédées par un *de cujus* non domicilié dans l'Etat. La distinction est parfaitement spécieuse. La question est de savoir si l'impôt est justifié, quel que soit le pouvoir particulier qui permette de le créer.

Le dissent du juge STONE, approuvé par HOLMES et BRANDEIS, n'a pas de peine à démontrer la fragilité de ces raisonnements qui servent de masque au véritable caractère de la décision.

Il critique la conception absolue que la Cour se fait du lieu d'imposition, la notion de *situs* d'imposition est purement juridique et tout à fait relative ; c'est un procédé de technique fiscale qui peut être manié pour des fins très différentes. On ne peut le considérer comme une « réalité dominante ». Fixer le lieu d'imposition dans l'Etat du domicile, alors que les droits incorporels n'y sont pas représentés, n'est pas moins arbitraire que de leur donner comme lieu d'imposition l'Etat où ils sont créés. C'est une question d'avantages à apprécier.

Le juge affirme le pouvoir de l'Etat sur les personnes morales qu'il crée, pouvoir reconnu par d'innombrables décisions. Nous l'avons examiné.

Il remarque qu'il n'y a pas double-imposition puisque l'Etat du Maine a tenu compte de l'impôt déjà payé au Massachusetts ; il continue à considérer au surplus que l'existence de doubles-impositions, dans la mesure où elles ne constituent pas une confiscation, n'est pas contraire au *due process*.

En vérité, les règles ainsi déterminées par la Cour ne forment pas une construction très harmonieuse ; leur résultat pratique demeure douteux ⁴¹². C'est la conclusion de M. STONE. Pour lui, la justification de l'impôt, c'est le contrôle de l'Etat sur les valeurs frappées et la protection que ses lois leur apportent. Le XIV^e Amendement ne peut restreindre, dans cette hypothèse, le pouvoir fiscal indubitable des Etats.

La doctrine de l'imposition unique des transferts successoraux est ainsi définitivement établie.

En matière d'immeubles et de meubles corporels, l'état de la situation des biens exerce seul le pouvoir fiscal ; l'Etat du domicile possède juridiction fiscale unique sur toutes les valeurs incorporelles, même si elles se trouvent déposées dans d'autres Etats et mise à part la « situation d'affaires », hypothèse réservée par la Cour. D'autre part, l'Etat d'incorporation pourrait établir une taxe spéciale sur les transferts à cause de mort, des actions dont le propriétaire (*de cujus*) est domicilié dans un Etat différent.

Cette répartition des compétences fiscales entraîne un avantage considérable au profit des Etats dont les ressortissants font des placements à l'extérieur, c'est-à-dire des Etats créanciers, au détriment des Etats dont les ressortissants empruntent, Etats débiteurs. Il n'est pas niable qu'elle facilite la liberté de circulation aux capitaux.

Ne va-t-elle pas gêner outre mesure les Etats dont elle diminue les ressources et qui sont justement des Etats moins riches ? Si ces Etats augmentent les impôts sur la production ou la consommation, la Cour aurait suscité

412, 28 Col. L. R. 806 ; 43 H. L. R. 641 ; 30 Col. L. R. 405.

l'apparition d'impôts beaucoup plus gênants pour l'économie que les taxes successorales.

Enfin, il faut se demander si la doctrine de l'unité d'imposition sera étendue aux impôts sur les propriétés (*property tax*), aux impôts sur les revenus ^{412bis}. Dans cette dernière hypothèse, quel serait alors l'Etat bénéficiaire du pouvoir fiscal, Etat d'où le revenu est tiré, Etat du domicile ? Il est possible que la doctrine soit appliquée à certains types de *property taxes*. Mais la Cour n'a pas encore eu à se prononcer sur ce point.

Il est certain que la réforme opérée par la Cour a fait naître de graves inconvénients, qui l'inciteront peut-être à en limiter les effets. Dès maintenant, on s'est préoccupé d'y remédier. La perception de certains impôts par le gouvernement fédéral et leur répartition entre les Etats a été sérieusement envisagée. Elle se heurte aux particularismes locaux toujours très forts ⁴¹³.

L'étude de la jurisprudence de la Cour Suprême, en matière de doubles-impositions, nous a fait saisir sur le vif le rôle créateur et législatif de la Cour, haut conseil de gouvernement. Elle transforme dans un but politique bien défini et même exprimé incidemment dans les arrêts un ensemble traditionnel de règles qui lui paraissent critiquables ^{413 bis}.

Elle n'hésite pas à limiter pour cela les pouvoirs constitutionnels des Etats. Nous avons pu constater aussi les insuffisances et les dangers de cette intervention qui doit malgré tout demeurer occulte, indirecte et unilatérale.

78. B) Présomptions fiscales arbitraires. — Le législateur américain, comme le législateur français, s'est efforcé de prévenir ou de supprimer la fraude ou la simple évasion fiscale en enserrant le contribuable dans les rêts de présomptions irréfragables.

^{412bis}. In *Lawrence v. State Tax Commission of Mississippi* 286 U. S. 276 (1932) la Cour permet à l'Etat du domicile d'imposer les revenus d'un de ses citoyens, même gagnés hors de l'Etat.

⁴¹³. 40 Y. L. J. 1273 (1931); *Seligman* I, p. 18.

^{413bis}. V. *supra*, note 403.

Les impôts sur les successions, en particulier, voient fuir la matière imposable, tant que les donations entre vifs échappent à toute contribution. En France, l'augmentation considérable du tarif de l'impôt sur les donations a remédié à cette situation. La législature du Wisconsin, en 1919, n'a pas résolu aussi sévèrement le problème. Elle décida que les donations réalisées dans les six années précédant la mort du donateur seraient présumées faites *mortis causa* et imposées comme les legs ⁴¹⁴.

En 1926, la Cour Suprême, appelée à statuer sur la loi, la déclare contraire au *due process* ⁴¹⁵. Les faits paraissaient favorables. Schlesinger, sur une période échelonnée entre deux et quatre ans avant sa mort, avait fait à sa femme et à ses trois enfants des donations s'élevant à cinq millions de dollars. Dans ce cas particulier, la présomption ne causait aucune injustice.

La Cour qualifie le procédé de classification arbitraire. Il aboutit, en effet, à imposer uniquement les donations faites six ans avant la mort du donateur ; toutes les autres donations ne sont pas atteintes. D'autre part, il impose un patrimoine, celui du *de cujus*, quand à certains biens qui ont cessé d'en faire partie dès le moment où ils ont été transmis aux donataires.

Le juge Mc REYNOLDS, dans un subtil raisonnement, démontre ainsi que A est imposé pour des biens dont B est propriétaire ; un impôt assis sur la richesse d'un tiers manque absolument de *due process*.

La réponse du juge HOLMES est moins scolastique. Appuyé par BRANDEIS et STONE, il invite la Cour à ne pas intervenir dans un domaine réservé au législatif. La détermination du délai couvert par la présomption est une question d'opportunité. Elle a eu la sanction de la Cour Suprême de l'Etat. Le délai choisi n'est pas manifestement arbitraire. Il a pour but d'éluder les évasions fiscales. Pour accomplir cet objet tout à fait légitime,

414. Sect. 1087 1 ch. 64 ; Wis. St. 1919.

415. *Schlesinger v. Wisconsin* 270 U. S. 230 (1926) ; 35 H. L. R. 346 ; 39 H. L. R. 1096 (1926) ; 26 Col. L. R. 737 ; 21 Ill. L. R. 262.

il n'est pas interdit au législateur de frapper incidemment les donations qui n'ont pas été faites *mortis causa*.

Le juge donne quelques exemples tirés du régime de la prohibition. C'est ce qu'il a appelé la théorie de la *pénombre*, où le contrôle du juge s'arrête. Mais la Cour répond que la fin, fût-ce la répression de fraudes fiscales, ne justifie pas des moyens inconstitutionnels. « Les droits constitutionnels ne peuvent être traités aussi légèrement. »

La Cour condamne essentiellement le caractère irréfragable de la présomption ; elle affirme cette doctrine en 1932. Elle invalide une loi fédérale, cette fois, qui crée une présomption identique à celle de la loi de Wisconsin, mais le délai est réduit à deux ans ⁴¹⁶.

La clause d'égale protection des lois ou d'égalité des droits n'est pas inscrite dans l'Amendement V qui lie le gouvernement fédéral. Aussi la Cour décide immédiatement qu'il ne s'agit pas d'un impôt spécial établi pour le cas où le donateur décède dans les deux années suivant la donation. Elle invoque l'intention du Congrès, manifestée dans la forme même de la loi. Il s'agit d'une présomption de donation à cause de mort, inconstitutionnelle puisqu'elle ne réserve pas la preuve contraire conformément à *Schlesinger v. Wisconsin* et pour les mêmes raisons. La faible durée du délai n'a aucune influence sur ce vice radical, violation du *due process*.

Un très long dissent du juge STONE, appliquant les règles de la méthode réaliste, expose les éléments concrets du débat.

Il fait l'historique de la législation. L'impôt sur les successions frappe dès l'origine les donations à cause de mort et les droits de propriété conjoints. La preuve du caractère de la donation est difficile. Le Congrès crée alors (1924) un impôt sur les donations dont l'administration se révèle trop onéreuse. En 1926, il a recours à

⁴¹⁶. *Heiner v. Donnan* 285 U. S. 312 (1932); 27 Ill. L. R. 456; 31 Mich. L. R. 135; 11 Y. L. J. 906; 32 Col. L. R. 758; 31 Col. L. R. 1052; cf. U. S. v. Wells 283 U. S. 102 (1931); de nombreuses Cours d'États ont accepté la présomption.

la présomption irréfragable : les donations réalisées dans les deux années de la mort du *de cujus* seront censées faire partie de la succession dont elles constitueront un élément imposable.

Le juge montre que c'est le résultat de dix années d'expérience. Il indique que quatorze Etats de l'Union ont dû voter des dispositions identiques. Il invoque l'expérience anglaise.

Dans une seconde partie, il tente de démontrer que, malgré sa forme, l'impôt est véritablement un impôt sur les donations faites sous certaines conditions.

Il s'appuie sur la jurisprudence constante de la Cour qui, en matière fiscale, ne s'arrête pas à la qualification donnée à l'impôt, mais recherche les conditions et les effets pratiques de son fonctionnement.

Le pouvoir souverain d'imposition existe. La classification, plus souple que dans le cas *Schlesinger*, n'est pas différente de celles que la Cour a souvent adoptées⁴¹⁷. Même s'il en était ainsi, « *l'equal protection* » ne peut être invoquée contre la législation fédérale. Enfin le but est très important ; les ressources de l'impôt sont fortement diminuées par l'immunité dont jouissent les donations faites peu avant la mort du *de cujus*. Le juge appuie sa démonstration de chiffres qui indiquent les difficultés rencontrées par le gouvernement quand la présomption n'est pas irréfragable. Sous l'empire de la loi de 1924, sur cent deux affaires, soixante dix-huit échappèrent à la taxation et, dans deux cas seulement, la donation précédait la mort de plus de deux années.

Sa conclusion est très dure pour la Cour. L'injustice qu'elle découvre dans la disposition annulée, il la lui reproche, sans détour ; la déclaration d'invalidité lui apparaît à plus juste titre comme une restriction arbitraire et déraisonnable du pouvoir souverain d'imposition du gouvernement fédéral.

417. *Tyler v. U. S.* 281 *U. S.* 497.

Par application des mêmes principes, par l'analyse purement dialectique du conflit, la Cour annulait un peu avant la décision que nous venons d'analyser, une loi de Wisconsin combinant pour l'assiette de l'impôt sur le revenu les revenus du mari et de la femme ⁴¹⁸. Cette règle existe en France depuis 1914. Elle joue même si la femme est séparée de biens ⁴¹⁹. C'est là précisément le régime de droit commun du Wisconsin. La Cour saisit ce prétexte : le mari ne possède aucun pouvoir, en vertu des lois de l'Etat, sur le patrimoine de sa femme. On l'impose sur la propriété d'un tiers : ce que le *due process* ne tolère pas, même s'il s'agit de réprimer les fraudes fiscales.

Mais la loi n'est-elle pas valable comme réglementation partielle et pleinement valable des relations maritales ?

La minorité (HOLMES, BRANDEIS et STONE) va le soutenir. La réponse est facile. La Cour déclare que l'intention de la législature est contraire, qu'elle a voté une loi fiscale et pas autre chose.

HOLMES évoque, avec une nuance d'ironie, dix mille années d'histoire. La loi peut réglementer, sans interférence judiciaire, les relations conjugales. Elle est, dans le cas particulier, l'expression d'une réalité indéniable : l'unité économique de la famille ; la communauté des ressources naît de la communauté de vie. Le commentateur de la *Common law* rappelle l'unité juridique des époux réalisée par le droit ancien sous l'autorité du mari.

Le pouvoir existe. La forme sous laquelle il est exercé n'importe en rien. Le juge demande à la Cour de reconnaître que son rôle n'est pas d'enseigner l'*elegantia juris* aux législateurs des Etats.

79. Rétroactivité. — L'interdiction de voter des lois rétroactives frappe le gouvernement fédéral (art. 1^{er}, sec.

418. *Hoeper v. Wisconsin* 284 U. S. 206 (1931); 45 H. L. R. 740; 32 Col. L. R. 374.

419. Art. 10, L. du 15 juillet 1914.

9, cl. 3) comme les Etats particuliers (art. 1^{er}, sec. 10, cl. 2). Mais cette prohibition spécifique n'intéresse que les lois pénales ⁴²⁰.

La Cour par interprétation de la clause de *due process* l'a étendue à certaines lois fiscales. Elle l'avait décidé une première fois en 1927 en invalidant une loi du Congrès dans la mesure où elle s'appliquait aux donations réalisées avant son vote. La minorité ne se prononce pas sur le principe, préférant choisir entre deux interprétations possibles d'un statut, celle qui implique sa constitutionnalité; elle considère que le Congrès n'a pas eu l'intention d'imposer les donations antérieures au vote de la loi ⁴²¹.

La question se pose à nouveau l'année suivante. Cette fois la donation a été faite pendant la discussion de la loi de finances, deux jours avant son vote final. La Cour décide que la loi s'applique à l'année tout entière et que les circonstances de la donation n'enlèvent pas à la rétroactivité son caractère arbitraire. L'impôt n'est pas exigible ⁴²².

Dans l'opinion de la Cour, le contribuable doit savoir quand et comment il devient sujet à l'impôt; il n'a pas à tenir compte de mesures en instance dont l'issue demeure toujours incertaine jusqu'au vote.

La minorité n'a pas les mêmes scrupules. Le juge *Holmes* se déclare incapable de « se définir à lui-même les motifs de la décision ». « Nous savons tous que nous paierons nos impôts chaque année. Je suppose que la loi d'impôt peut être votée au milieu de l'année aussi légalement au commencement ⁴²³.

Le juge *Brandeis* passe à l'examen des faits. La rétroactivité de la loi d'impôt a toujours été admise. Les quinze lois fédérales d'impôts sur le revenu ont été rétroactives; toutes elles frappent des revenus gagnés anté-

420. *WILLOUGHBY A.*, § 684; *BURDICK A.* § 180 81; *Johannessen v. U. S.* 225 U. S. 227 (1912); *Bugagewitz v. Adams* 228 U. S. 585; *Choe Chang v. U. S.* 130 U. S. 381; cf. *B. T. DE WITT*, 15 *Pol. Sc. Q.* 75; « *Are our legal Tender laws Ex post facto?* »

421. *Blodgett v. Holden* 275 U. S. 142 (1927).

422. *Untermeyer v. Anderson* 276 U. S. 440 (1928).

423. *D. O.*, p. 220.

ricieusement au vote de la loi. La revue des décisions favorables est imposante ⁴²⁴.

Le juge explique cette règle par la nécessité d'assurer le fonctionnement des services publics. D'autre part, la théorie contraire facilite et sanctionne une évasion fiscale particulièrement ingénieuse. Le Congrès est ainsi désarmé.

L. D. BRANDEIS fait appel à la notion de pénombre, développée par O. W. HOLMES : « La loi embrasse une pénombre qui dépasse son objet, pour mieux permettre de l'atteindre » et appliqué par la Cour ⁴²⁵.

Il examine la pratique internationale qui apparaît conforme à la théorie qu'il soutient. Dans sa conclusion il rappelle à la Cour la gravité d'une déclaration d'inconstitutionnalité, surtout quand elle ne s'appuie pas sur une disposition expresse, mais sur les termes vagues de l'Amendement V.

En 1931, cette jurisprudence est maintenue. Les droits des bénéficiaires d'un trust créé en 1907, ne peuvent être frappés d'un impôt sur les donations et successions dont le vote est postérieur au contrat de trust, même si la réalisation du trust au profit des bénéficiaires, subordonnée au décès du stipulant, n'a lieu qu'après le vote de la loi.

Pour la Cour la succession ou la donation est complète et définitive au moment de la création de l'acte du trust. Il est contraire au *due process*, d'imposer une donation effectuée avant le vote de la loi fiscale. De plus la loi porte atteinte aux droits acquis, nés d'un contrat. Elle est doublement inconstitutionnelle ⁴²⁶.

Cette décision n'a été prise qu'à une voix de majorité. Trois juges, HOLMES, BRANDEIS, STONE approuvent un dissent exprimé par ROBERTS.

L'analyse du trust montre que le droit du bénéficiaire est purement éventuel. Il n'est sûr d'en jouir que s'il est

424. 276 U. S. 447-50.

425. U. S. v. *Doremus* 249 U. S. 86-94.

426. *Coolidge v. Long* 282 U. S. 582 (1931), invalidant une loi de Massachusetts, *General Laws Mass.* 1921 c. 65, § 1; infirmant 268 *Mass.* 443.

toujours vivant à la mort du stipulant. Jusque-là il n'a aucun pouvoir ni sur les capitaux en trust, ni sur les revenus. Cette analyse avait été faite par la Cour suprême de Massachusetts, appelée à statuer avant la Cour suprême fédérale ; elle doit lier la Cour fédérale ⁴²⁷.

Dès lors, l'impôt peut atteindre le transfert tant qu'il n'a pas été réalisé, en particulier au moment de l'entrée en jouissance.

A ce moment-là d'ailleurs, le bénéficiaire du trust, pour entrer en possession, a besoin de la protection des lois de l'Etat.

L'exercice normal d'un pouvoir de gouvernement ne porte pas atteinte aux droits acquis nés d'un contrat. Ce principe certain est rappelé par le juge ROBERTS. On ne comprend pas comment la Cour a pu se croire autorisée à y déroger ⁴²⁸.

80. D) Classifications arbitraires. — Nous avons vu que la clause d'égalité de protection des lois de l'Amendement XIV s'applique au droit fiscal. Elle limite même la législation fédérale bien que l'Amendement V ne contienne pas cette clause. L'interprétation extensive de la disposition du *due process of law* y pourvoit, comme elle interdit de porter atteinte aux obligations de contrats quoique le gouvernement fédéral, au contraire des Etats, n'ait pas sa compétence liée par une prohibition expresse.

Le domaine des classifications licites est en général déterminer très libéralement par la Cour ⁴²⁹. Le taux de l'impôt peut être progressif ⁴³⁰, varier selon la nature de

427. Le juge note que 41 Etats ont voté des lois similaires.

428. BURDICK A, § 197 ; dans une affaire récente *Burnett v. Wells* (29 mai 1933) *U. S. W. L. J.* 1933, p. 286. La Cour revient sur cette jurisprudence. L'opinion est rédigée par CARDOZO qui affirme « le Congrès ne joue pas au despote » et reconnaît aux pouvoirs publics le droit de créer des présomptions irréfragables, et une certaine rétroactivité des lois en matière fiscale. La lutte contre l'évasion fiscale devient un motif suffisant. On note un dissent des die-hards (SUTHERLAND, VAN DEVANTER, MC REYNOLDS, BUTLER) ; *V. 42 Y. L. J.* 1271 (1933).

429. WILLOUGHBY A, ch. 105 ; BURDICK A, § 280-81 ; T. R. POWELL *Supreme Court condonations and condemnations of Discriminatory State Taxation* 12 *Va. L. R.* 441, 546.

430. *Engel v. O'Malley* 219 *U. S.* 128.

l'activité ou du bien imposé⁴³¹. On rencontre cependant quelques hypothèses où la Cour, cédant peut-être aux circonstances particulières du litige, qualifie l'impôt d'injustement discriminatoire. Il en est ainsi quand la distinction poursuit une fin sociale ou politique. Nous l'avons constaté à propos de taxes sur les sociétés⁴³².

La Cour a invalidé un impôt sur le revenu, de Virginie, frappant les revenus des sociétés locales, tirés de leurs affaires dans l'Etat et hors l'Etat ; les revenus des sociétés incorporées dans l'Etat et se livrant exclusivement au commerce extérieur étaient épargnés par la loi. Il est vrai que la Cour affirme que la situation est née d'une inadvertance législative. Elle en voit la preuve dans une modification ultérieure du texte de la loi. La décision, sous la clause d'égale protection, est en réalité une correction délibérée apportée à un texte qui paraît erroné⁴³³.

Le juge BRANDEIS, approuvé par HOLMES, n'admet pas que le principe soit détourné uniquement pour colorer le résultat recherché par la Cour. Il se demande d'ailleurs s'il y a vraiment eu inadvertance ou si, plus simplement, la loi nouvelle vient réformer le texte ancien dont l'expérience avait pu être défavorable. Il y trouve une raison de faire confiance aux législatures et de leur laisser le soin de légiférer.

Au fond, la classification ne lui paraît pas inconstitutionnelle. Elle n'est pas volontairement hostile à certains groupes de contribuables. On peut en donner une explication plausible : éviter que les citoyens de Virginie qui vont entreprendre une activité extérieure n'incorporent leur société dans un autre Etat, faisant perdre à la Virginie les taxes d'incorporation, source de profits appréciables. Ce risque n'existe pas si le commerce doit être également local. Le juge rappelle, en conclusion, que le

431. *Bell's Gap, Ry v. Penna* 134 U. S. 232; *South Western Oil Co v. Fuller* 229 U. S. 322; *Heisler v. Thomas Colliery Co* 260 U. S. 245.

432. V. *supra*, n° 55.

433. *Royster Gvano Co v. Virginia* 253 U. S. 412 (1920).

doute doit jouer en faveur de la loi. C'est en effet l'opinion qui s'impose ⁴³⁴.

En 1928, on trouve un exposé renouvelé des conditions d'une juste classification. Mais ce n'est peut-être plus l'opinion présente de la Cour. Une loi de Kentucky imposait une taxe de vingt cents par \$ 1000 sur toutes les hypothèques inscrites, garantissant un prêt venant à échéance à cinq années ou plus. Au-dessous de cette durée, aucun impôt n'était exigé.

Le juge SUTHERLAND pour la Cour indique que la clause d'égalité de protection s'applique à tous les pouvoirs de l'Etat, même au pouvoir fiscal. La discrimination raisonnable et juste seule est licite ; quand la discrimination est peu habituelle, l'examen du juge doit être particulièrement attentif. La distinction ne répond pas au critérium ; elle est arbitraire, car deux hypothèques dont tous les éléments sont identiques — montant de la garantie, qualité du prêteur et de l'emprunteur, taux de l'intérêt, nature de la garantie — recevraient un traitement fiscal radicalement différent, uniquement parce que la durée de l'hypothèque dans un cas est de cinq ans, dans l'autre, de cinq ans moins un mois. Cette différence tout au plus pouvait être prise en considération, à son avis, pour fixer le *montant* de l'impôt ⁴³⁵.

Cette distinction, le juge BRANDEIS va s'efforcer de la justifier. Il invoque la primauté du pouvoir fiscal, largement discrétionnaire : le domaine des classifications est plus grand. Si la Cour a été frappée de l'inégalité de traitement, fondée sur une différence minime, il va montrer que c'est le cas habituel toutes les fois qu'il faut tracer une limite. Il s'amuse même à citer de nombreux textes prouvant sa thèse (par exemple : les hôtels comprenant cinquante chambres sont soumis à certaines lois sur l'incendie, non s'ils possèdent quarante-neuf chambres). Il prend des exemples précis en droit fiscal (impôt sur les successions dépendant du degré, taxe imposée

434. Cf. *Raley and Bros v. Richardson* 264 U. S. 157 décidé un peu plus tard ; et *Am. Sugar Refining Co v. Louisiana* 179 U. S. 89 (1909).

435. *Louisville Gas and Electric Co v. Coleman* 277 U. S. 32 (1928).

seulement à partir d'un chiffre d'affaires minimum)⁴³⁶. En l'espèce, la loi distingue les prêts à moyen terme et à longs termes. Elle est le résultat de conditions locales et d'expériences législatives, mieux connues par les juges des Cours d'Etat qui ont approuvé l'imposition, que par la Cour suprême fédérale.

Le juge va alors exposer la politique générale de l'Etat concernant les prêts et les hypothèques, qui explique et justifie la mesure particulière déferée à la Cour. Les prêts à moyens termes constatés le plus souvent par des billets à ordres n'échappent pas à l'impôt sur les prêts. Les prêts à longs termes qui font l'objet d'un acte de trust sont généralement représentés par des valeurs au porteur, dont l'anonymat permet l'évasion fiscale.

En frappant cette catégorie de prêts d'une taxe spéciale au moment de l'inscription hypothécaire, l'Etat rétablit l'équilibre.

La demanderesse, société de service public, avait procédé à l'émission d'obligations garanties par des hypothèques et remboursables trente-cinq années après. Elle tombe précisément dans la catégorie visée par la loi. Mais c'est elle que la Cour suprême fédérale entend protéger.

E) Respect des obligations contractuelles⁴³⁷. — Nous avons eu l'occasion de voir à quel point la Cour suprême exigeait des Etats le respect des exemptions fiscales inscrites dans leurs emprunts. Toute atteinte même indirecte ou incidente était invalidée. Cette jurisprudence a été cependant largement infirmée.

436. *Citizens Telephone Co v. Fuller* 229 U. S. 322.

437. Cette défense de porter atteinte aux obligations des contrats lie expressément les Etats particuliers (art. 1, sect. 10, § 1) et implicitement l'Etat fédéral (extension du *due process*). La loi récente, qui donne au dollar papier cours forcé ne heurte pas cette défense : *Rhoz v. Lee* 12 Wall 457 (187) infirmant *Hepburn v. Griswold* 8 Wall 603 (1869); il est peu probable que la Cour revienne aujourd'hui sur cette jurisprudence; V. WILLOUGHBY, p. 1858; BURDICK A, § 83; R. L. POST et WILLARD I; NEIBOSINE I; HANNA I; JOHNSON I.

§ 6. — *L'exigence du but public.*

81. La notion d'intérêt public en matière fiscale et en matière de concessions de services publics. — L'impôt n'est légitime que s'il est destiné à assurer la satisfaction d'un but public (*public purpose*). L'examen de cette condition essentielle nous apportera la conclusion nécessaire de ces recherches sur les éléments constitutionnels du droit fiscal et nous conduira naturellement à l'étude des entreprises de service public.

La Cour a utilisé les dispositions fiscales de la Constitution, au delà de leur portée précise, dans le but évident d'alléger le fardeau toujours plus pesant des contribuables.

Mais cette protection judiciaire, si elle porte souvent un trouble certain dans les administrations fiscales, si elle profite périodiquement à certains patrimoines très importants ou aux grosses sociétés, ne procure aucun résultat appréciable à la masse des contribuables.

Ainsi se trouve réalisée une véritable discrimination arbitraire et injustifiée entre les petites et les très fortes cotes.

D'autre part, le juge n'exerce aucune influence réelle sur l'inflation des impôts. Il a volontairement accepté que le but public des impôts soit apprécié plus librement par le législateur. Il faut ajouter que le contrôle du but de l'impôt est rendu très difficile, car la loi de finances l'affecte rarement à une dépense particulière et spécifiée⁴³⁸.

Une jurisprudence ancienne réservait strictement, au contraire, le contrôle judiciaire. En 1872, la Cour invalide une loi de Kansas accordant des subventions à des entreprises privées dans le but d'encourager les industries qui contribuent à l'amélioration et au développe-

438. V. MOTT A, p. 496; cf. la décision in *Massachusetts v. Mellon* où la Cour suprême décide qu'un contribuable n'est pas recevable, à ce titre, à intenter une action tendant à interdire la perception d'un impôt destiné à remplir un but non public : 262 U. S. 447 (1923).

ment des villes de l'Etat. Ces subventions devront être couvertes par des impôts dont le but, dans l'opinion de la Cour, ne sera pas public ⁴³⁹. Le juge CLIFFORD exprime un dissent. Il reproche à la Cour de motiver son arrêt par des considérations de droit naturel. Quant à lui, il laisse son rôle à l'initiative du législateur tant qu'elle ne viole pas, en termes exprès, la Constitution, « sinon, dit-il, on transforme le gouvernement en despotisme judiciaire ».

Depuis, la Cour a toléré la création d'impôts destinés à assurer le fonctionnement d'un dépôt de charbon municipal ⁴⁴⁰ et de toute une série d'organismes économiques d'Etat prévus par des lois du North Dakota ⁴⁴¹.

La jurisprudence de *Loan Association v. Topeka* est distinguée sous prétexte que l'aide assurée par l'impôt ne va pas dans ces hypothèses à une entreprise privée, mais publique.

Nous allons retrouver cette distinction dans le domaine des services publics industriels. L'Etat peut directement assurer n'importe quelle activité économique : son intervention est déterminée exclusivement par l'action du législateur. S'il se contente de créer un régime juridique spécial pour une certaine activité, de l'organiser sous la forme d'entreprises de service public, par voie d'autorisations administratives (*certificate of convenience and necessity, licence*) ou de concessions (*franchises*), le contrôle judiciaire définit et limite ses pouvoirs. La notion d'intérêt, d'utilité, de but public est différente, en droit américain, pour une activité économique donnée, selon que cette activité est exercée par l'Etat ou par un particulier ⁴⁴². Ce dualisme résulte de l'appréciation diver-

439. *Loan Ass v. Topeka* 20 Wall 655.

440. *Jones v. City of Portland* 245 U. S. 217 (1917).

441. *Green v. Frazier* 253 U. S. 233 (1920); cf. la jurisprudence en matière de primes à la production : MOTT A, § 191; et d'exemptions fiscales : *Ill. Cent. R. Co v. Decatur* 147 U. S. 190 (1893); *New York v. Roberts* 171 U. S. 658 (1898).

442. Il est curieux de constater que MOTT dans son ouvrage sur le *Due Process*, s'il ne semble pas admettre cette distinction, a dû cependant consacrer à la question deux chapitres (22 et 23) qu'il intitule l'un « But Public et Entreprises privées », l'autre « Buts gouvernementaux ». Ces titres différents expriment bien la distinction notée au texte.

gente des autorités qui la déterminent souverainement suivant les cas : le législatif ou le judiciaire.

L'existence de cette distinction ne repose sur aucune raison bien précise. La Constitution n'interdit pas aux Etats de se livrer à une activité industrielle ou commerciale. Le XIV^e Amendement protège uniquement les individus, leurs droits à la liberté et leur propriété.

L'incompatibilité qui existe entre l'action simultanée de l'Etat et des particuliers dans un même domaine est de pur fait. Au contraire, l'Etat ne peut limiter la liberté économique des individus, par voie d'interdictions ou de prescriptions légales ou réglementaires, qu'en observant les dispositions protectrices de l'Amendement XIV.

Cette explication juridique est insuffisante. Deux circonstances historiques la complètent : les Etats américains n'ont jamais montré de tendances suivies à assurer des services économiques que le pouvoir judiciaire n'aurait pu classer parmi les activités d'utilité publique. Le commerce privé n'a pas été menacé d'une sorte d'expropriation de fait par l'intervention de l'Etat, concurrent dangereux qui néglige le profit. Les affaires se sont présentées uniquement sous forme de recours de contribuables prétendant que l'activité étatique en question rendait nécessaire l'appropriation de recettes fiscales dans un but non public. De plus, au moment où les précédents-types sont venus devant la Cour, son personnel n'avait pas été renouvelé par les farouches individualistes nommés par le président HARDING.

On peut difficilement préjuger des décisions futures de la Cour. La doctrine des arrêts que nous venons d'examiner implique que l'impôt dont les ressources sont affectées à un service public en régie a toujours un but public, alors qu'au contraire le but public de l'impôt destiné à subventionner une entreprise de service public ou une activité privée affectée d'un intérêt public dépend de l'appréciation souveraine du juge.

Section II. — Les entreprises de services publics.

(*Public utilities*)

82. Les *Public Utilities*. Jurisprudence de la Cour. **Doctrine des dissents.** — Le juge est donc appelé à donner la définition de l'entreprise de service public et de l'entreprise affectée à l'intérêt public. Nous avons vu précédemment que la catégorie « activité économique affectée à l'intérêt public » est une pure création judiciaire.

Un président de la Cour, WAITE, l'a introduite dans le droit constitutionnel américain pour faciliter et justifier l'intervention et le contrôle de l'Etat dans l'économie privée⁴⁴³. Depuis, elle a été essentiellement utilisée pour paralyser le pouvoir gouvernemental. Ce pouvoir dit de police ne peut alors s'exercer sous forme d'autorisations administratives et de limitation des prix qu'après vérification préalable de l'affectation à l'intérêt public.

Les dissents, nous l'avons constaté, ont critiqué avec force cette doctrine. Elle a été infirmée sur quelques points.

On a tort de confondre la définition de l'entreprise de service public (*public utility, public service corporation*) et celle de l'entreprise affectée à l'intérêt public (*affected with a public interest*). Les auteurs américains, comme les auteurs français, n'ont pas assez mis en lumière cette distinction considérable.

Nous savons que l'affectation à l'intérêt public, même reconnue judiciairement, ne justifie pas, pour une activité économique donnée, toute réglementation de l'Etat. Cette règle doit être complétée par la suivante : toute *public utility* est affectée d'un intérêt public, mais toute

443. *Munn, v. Illinois* 94 U. S. 113 (1876).

activité affectée d'un intérêt public n'est pas une *public utility*.

Comment distinguer ces deux classes ?

Il n'est pas possible de donner un critérium juridique certain et définitif de la *public utility*. L'entreprise d'utilité publique est déterminée par déclaration judiciaire. Anciennement, l'existence d'un monopole naturel ou économique justifiait la création d'une telle entreprise ; aujourd'hui, cet élément est simplement pris en considération par le juge. On ne peut que se borner à donner la liste des *public utilities* approuvées par les décisions de la Cour. Cette liste s'est fixée au début du xx^e siècle et la Cour n'y a pas ajouté depuis. Ainsi, la catégorie des entreprises d'utilité publique est à l'heure actuelle, en droit constitutionnel américain, une catégorie historique. A l'origine, on trouve les voituriers publics ; on y a fait entrer par analogie d'autres transports, irrigation et téléphone. Puis des services nouveaux sont déclarés d'utilité publique, surtout parce qu'ils impliquent un monopole légal, économique ou naturel : construction de ponts à péages, exploitation de bacs, distribution d'eau, de gaz naturel et artificiel, d'électricité, production d'énergie hydro-électrique, télégraphe et téléphone, magasins généraux et entrepôts, grands moulins.

Ces *public utilities* forment la première des classes énumérées par le président TAFT dans l'affaire *Wolf Packing Co* ⁴⁴⁴. Ce sont des concessions expresses (par voie de contrats, de chartes ou de franchises) ou implicites (autorisations administratives sous conditions) de services publics. Le président TAFT n'essaie pas de les distinguer des autres activités affectées d'un intérêt public. Il semble bien qu'il considère cette classe comme très exactement et définitivement délimitée. Il importe de souligner cette circonstance qui, dans notre période, sépare le droit des utilités publiques du droit des entreprises simplement affectées à l'intérêt public, dont la liste demeure ouverte.

444. 262 U. S. 522 (1922).

D'autre part, certaines professions, qui, à d'autres époques économiques, faisaient partie des activités d'utilité publique, comme celle de l'aubergiste, peuvent encore être spécialement et exceptionnellement réglementées. Mais elles n'appartiennent plus aujourd'hui à la catégorie des concessions de services publics.

Les développements qui précèdent montrent que l'entreprise d'utilité publique correspond à une classification judiciaire traditionnelle et historique⁴⁴⁵. Cette classification constitue une donnée, qu'en l'état actuel du droit positif on ne peut dépasser pour en rechercher les conditions juridiques : elles n'existent pas.

Sous cette réserve, la *public utility* répond aux qualifications suivantes : elle remplit la satisfaction d'un besoin reconnu d'utilité publique par le pouvoir judiciaire ; elle est soumise, dans ce but, à un statut juridique spécial coutumier, réglementaire et statutaire, qui assure l'égalité de tous devant le service (accès et prix), la continuité, la généralité et le bon fonctionnement du service, l'existence d'un tarif raisonnable, qui permet la juste rémunération ; l'entreprise d'utilité publique continue à faire l'objet d'une appropriation privée, mais elle peut constitutionnellement recevoir des prérogatives régaliennes (affectations fiscales, droit d'expropriation, d'occupation) ; le privilège d'exercer cette activité peut être réservé par l'Etat à un seul exploitant, ou à un petit nombre seulement (monopole ou certificat de convenance et de nécessité).

L'entreprise d'utilité publique se distingue donc de l'entreprise d'Etat, parce qu'elle demeure propriété privée et perçoit un juste bénéfice ; son domaine est plus limité. Elle se distingue de l'entreprise privée parce qu'elle est soumise à une réglementation spéciale ; elle est l'agent de l'Etat, son substitut pour l'exécution d'un service public ; elle se distingue enfin des entreprises affectées d'un intérêt public, en ce sens que la réglementation de ces dernières est toujours fragmentaire, moins stricte, et varie suivant la nature des entreprises.

445. Cf. WYMAN A, § 80.

Nous avons exposé la doctrine des dissents quant à la détermination des activités qui peuvent être soumises au régime des entreprises d'utilité publique. Le législateur leur paraît le meilleur juge des besoins et des nécessités publiques. C'est là une question essentiellement politique et non juridique. La décision du législatif ne doit être infirmée que dans les hypothèses extrêmes où l'arbitraire est patent. Le régime des *public utilities* est toujours possible dès qu'un élément de monopole vient enrayer le jeu de la libre concurrence. Ce critère est celui des économistes et des juristes qui, aux Etats-Unis, ont étudié les entreprises de service public ⁴⁴⁶.

Quant au régime même des *public utilities*, la Cour n'en a pas trop affaibli les obligations au profit des concessionnaires. Elle a sanctionné le plus souvent l'action des Etats quand ils se sont efforcés d'obtenir des sociétés de service public le respect de l'intérêt général ⁴⁴⁷. Si l'intérêt public a été négligé sur ce point, la faiblesse du contrôle des Etats, les combinaisons politiques locales en portent la responsabilité.

Ainsi, la Cour approuve les mesures qui imposent la continuité du service ⁴⁴⁸, sa généralité ⁴⁴⁹, son bon fonctionnement ⁴⁵⁰, l'égalité de traitement de tous les usagers et leur protection particulière ⁴⁵¹.

Elle ne déclare inconstitutionnelles que des réglementations véritablement arbitraires ⁴⁵².

446. WYMAN A, ch. III et IV; GLAESER A, p. 175.

447. WYMAN A, § 1435; *New York R. Co v. New York* 165 U. S. 628 (1897); cf. GLAESER A, ch. XXVII; F. WELCH A.

448. *F. Smith Light Co v. Bourland* 267 U. S. 330 (1925); *Broad River Power Co v. Socar* 281 U. S. 537, 544; WILLOUGHBY, § 1156; WYMAN A, § 290.

449. *United Gas Co. v. R. R. Commission* 278 U. S. 30 (1929).

450. *Atlantic L. L. R. Co v. Glenn* 239 U. S. 328 (1915).

451. *Wadley S. R. Co v. Georgia* 235 U. S. 651 (1915).

452. Usage des wagons-lits : *Chicago R. Co v. Wisconsin* 238 U. S. 491 (1915); établissement d'une balance spéciale pour le bétail dans certaines gares : *Great Northern R. Co v. Cahill* 253 U. S. 571 (1920); garantir à tous les voyageurs des places assises, dans les tramways : *Puget Sound Traction Co v. Reynolds* 244 U. S. 574 (1917); obligation de fournir un service étranger à l'activité normale : *Missouri Pac R. Co v. Nebraska* 217 U. S. 196 (1910); *Louisville R. Co v. Central Co* 212 U. S. 132 (1909); construction d'un passage souterrain uniquement pour les besoins d'un fermier possédant des terres de chaque côté de la ligne : *Chicago R. Co v. Holmberg* 282 U. S. 162 (1930).

Les conventions entre le concessionnaire du service d'utilité publique et l'Etat ou les autres collectivités publiques ne suppriment pas l'exercice toujours possible de ce pouvoir réglementaire, ou législatif, sauf indemnité⁴⁵³. Cependant, les tarifs peuvent être fixés pour un nombre raisonnable d'années sans qu'il soit possible à l'autorité concédante de les modifier unilatéralement⁴⁵⁴. Quant à l'entreprise de service public, elle demeure soumise à toutes les obligations qu'elle a assumées⁴⁵⁵.

Le caractère de cette jurisprudence, généralement conforme aux intérêts de la collectivité et des usagers, a évidemment reçu l'assentiment des juges dont nous étudions les dissents. Des opinions contraires ont rarement l'occasion d'être prononcées. Nous avons noté cependant, en 1928, une divergence d'opinion au sein de la Cour quant aux obligations créées par la nécessité pour la *public utility* d'assurer un service adéquat⁴⁵⁶.

Il s'agissait d'une compagnie de chemin de fer, concessionnaire d'une gare à Morristown. D'après les conventions, la ville se voyait reconnaître un pouvoir de « police » sur le chemin d'accès à la gare, propriété de la compagnie. La ville établit sur le chemin une station publique de voitures de place. La compagnie prétend ne pouvoir être soumise à une telle obligation sans une juste compensation. La Cour accepte ce point de vue. La décision de la Cour s'applique même à l'établissement d'une station de taxis réservée uniquement aux voyageurs de la compagnie. Les juges BRANDEIS et HOLMES expriment

453. *Denver R. Co v. Denver* 250 U. S. 241 (1919); WILLOUGHBY A § 762; cf. modification par l'Etat des contrats existant entre l'entreprise de Service public et les Usagers (*Arkansas N. Gas co v. Ar. Ry Commission* 261, U. S. 379 (1923); *Sutter Bulte Canal v. R. R. Commission* 279 U. S. 125 (1929); cf. les conclusions de M. le Commissaire du Gouvernement BLUM sous C. E., 11 mars 1910, *Leb.* 216 : « La concession représente une délégation, c'est-à-dire qu'elle constitue un mode de gestion indirecte; il n'équivaut point à un abandon, à un délaissement. L'Etat reste garant de la sécurité publique qu'une exécution inhabile du service peut compromettre. La matière est réglementaire non contractuelle. »

454. *Ry. Commission of California v. Los Angeles Ry. Corp.* 280 U. S. 195 (1919); WYMAN A, p. 1251 et suiv.; WILLOUGHBY A, § 766.

455. *Milwaukee Elec. Ry v. Milwaukee* 252 U. S. 100 (1920); *Colombus* 249 U. S. 399 (1919).

456. *Del. C. and W. R. R. v. Morristown* 276 U. S. 182 (1928).

une opinion dissidente ; ils estiment que la ville aurait pu imposer cette obligation moins large aux chemins de fer, pour assurer aux voyageurs les moyens nécessaires et faciles de se rendre à leur destination définitive. En fait, la compagnie avait autorisé le propriétaire de quatre voitures à stationner sur le chemin d'accès : c'était notoirement insuffisant.

Mais les juges de la minorité libérale manifestent une opposition renouvelée aux théories de la majorité sur le juste tarif, où l'intérêt éminent du concessionnaire reçoit l'attention toute particulière de la Cour (§ 1). Ils ont de plus une conception moins restrictive des pouvoirs de contrôle des commissions administratives sur l'action des entreprises de service public (§ 2) ⁴⁵⁷.

§ 1. — *Le juste tarif.*

83. Origine du contrôle judiciaire. Son caractère véritable. — L'appréciation par les tribunaux et au sommet par la Cour suprême du caractère raisonnable ou spoliateur des tarifs imposés par les Etats ou par l'Etat fédéral à leurs compagnies de service public offre un nouvel exemple de la protection précieuse que le pouvoir judiciaire apporte aux intérêts privés organisés, dangereusement atteints par l'action du législateur et de l'exécutif, soumis, eux, à l'influence directe de la volonté populaire.

La Cour suprême a longtemps résisté ; la jurisprudence favorable à la révision judiciaire des tarifs apparaît, à l'aube du xx^e siècle, à un moment où, selon l'expression du juge HOLMES, sous la crainte du socialisme naissant, « la peur fut traduite en doctrines qui n'avaient pas leur place ni dans la Constitution, ni dans la *Common law* ».

L'intervention du juge est difficilement explicable. Son

⁴⁵⁷. Sur les différents problèmes que soulèvent les *public utilities* : V. HYNEMAN, *The Annals*, janvier 1930, p. 160 ; D. E. LILIENTHAL II ; J. BAUER I ; OWSLEY I ; G. H. ROBINSON I ; C. E. HUGHES A ; J. S. SOLLIER I ; spécialement sur les compagnies Holdings : D. F. LILIENTHAL I ; CHAMBERLAIN I ; 42 Y. L. J. 941 ; sur les tarifs W. G. MC CURDY I ; BONBRIGHT I ; J. BAUER II, III, IV ; R. S. HALE I.

rôle est de déterminer les activités économiques qui peuvent être soumises à la tarification. Personne n'est obligé de se livrer contre son gré à ces activités, peu nombreuses d'ailleurs ; le fait de s'y engager implique acceptation des tarifs fixés par l'administration ou surtout par le législateur. La Cour, acceptant la tradition de la *Common law*, considère la fixation du tarif comme une prérogative du législatif, qu'elle ne peut diminuer ⁴⁵⁸. Les abus locaux, les efforts des avocats des concessionnaires incitent la Cour à intervenir dans les cas extrêmes ⁴⁵⁹.

Un recours judiciaire est ouvert dans l'hypothèse où le tarif, clairement spoliateur, sans rapport avec l'importance et les charges du service ⁴⁶⁰, aboutit à l'absence de toute rémunération véritable. Les hésitations de la Cour naissent surtout de la difficulté où elle se trouve de justifier son pouvoir par quelque disposition constitutionnelle.

L'intervention demeurerait insuffisante pour écarter des tarifs trop faiblement rémunérateurs. Comment justifier un contrôle plus sévère ? Seule la clause du *due process* autorisait ce contrôle. Mais sa rédaction pose les conditions assez étroites de l'action judiciaire. Elle explique pourquoi la Cour a dû adopter le principe de la comparaison de la valeur de l'actif engagé dans le service public avec les recettes nettes éventuelles qui seront tirées du tarif incriminé, pour rechercher la réalité de la confiscation, méthode économiquement absurde. Le XIV^e amendement protège, en effet, les particuliers contre une atteinte injuste faite à leur propriété, contre sa confiscation totale ou partielle.

La garantie constitutionnelle couvre essentiellement la propriété, le patrimoine de l'Utilité, sa valeur. Il faut rechercher si cette valeur mise à la disposition du public a été suffisamment rémunérée pour que son propriétaire n'en ait pas été partiellement dépouillé, sans juste com-

458. *Munn v. Illinois* 94 U. S. 113 (1876); WYMAN § 1427 et suiv.; cf. JÈZE, *Principes*, t. III, p. 354 et 1932, *R. D. P.*, p. 603.

459. *Ry Commission Cases* 116 U. S. 307, 331 (1886).

460. *Minnesota Rate Cases* 134 U. S. 418 (1890).

pensation. Le rapport entre les recettes nettes prévues pour un certain tarif (R) et la valeur du patrimoine (V), donne le taux de rémunération (T). Il reste à apprécier si ce taux est suffisant, raisonnable ou spoliateur. C'est la règle célèbre que la Cour applique pour la première fois dans l'affaire *Smyth v. Ames* ⁴⁶¹.

Le premier terme de l'enquête, — évaluation de l'actif engagé dans le service d'utilité public, — résulte nécessairement de la nature de la protection constitutionnelle. Aucune autre méthode ne peut se concevoir, dans l'état du droit. Il est impossible à la Cour de partir, par exemple du prix de revient du service, en éliminant, sur expertise, les frais injustifiés, ou provoqués par une mauvaise gestion, par comparaison avec d'autres entreprises, en tenant compte de la conjoncture économique, des progrès de la technique dans chaque type d'entreprise.

Si l'on ne tient pas compte des nécessités de l'interprétation constitutionnelle, malgré tout limitée, on recherche en vain les motifs d'un système, désastreux pour les usagers, comme à la longue pour les entreprises de service public ⁴⁶².

On l'a fait souvent remarquer : l'équation économique du service d'utilité public adoptée par la Cour : $\frac{R}{V} = T$; « Juste rémunération de la valeur raisonnable de la propriété au moment où elle est utilisée pour le public », est déterminée par une série d'hypothèses toutes fort incertaines. Quelles recettes donnera le tarif ? Quel sera le coût exact du service ? Comment fixer la valeur de l'actif ? Quelle sera la tendance prochaine des prix ? Quel doit être le taux de rémunération du service ? (marché de l'argent — risques de l'industrie — progrès techniques). Ces hypothèses sont elles-mêmes établies par des méthodes d'évaluation extrêmement complexes ; les mêmes principes d'évaluation conduisent les spécia-

461. 169 U. S. 466 (1890).

462. V. par ex. les explications purement historiques de GLAESER A, p. 320 et TRÉVUCX A, p. 395.

listes à des chiffres fort différents. On peut imaginer le résultat quand les principes eux-mêmes sont opposés ⁴⁶³.

Si l'on ajoute que la règle de *Smith v. Ames* se complète de la nécessité de limiter la rémunération à la valeur du service rendu au public, on doit dire qu'elle constitue tout au plus l'exposé du problème des tarifs, tel qu'il se pose à tout organisme régulateur.

Aussi bien, au moins devant la Cour Suprême, il ne faut pas attacher une trop grande importance aux longues et confuses dissertations techniques sur la méthode constitutionnelle d'évaluation de l'actif. Ce qui sépare la majorité et la minorité de la Cour, ce que cachent les discussions savantes et obscures, c'est avant tout une appréciation différente du profit auquel l'entreprise de service public peut prétendre. D'une façon générale la minorité libérale accepte les décisions des Commissions chargées de fixer les tarifs ; elle en démontre la légitimité en appliquant une méthode particulière d'évaluation. La majorité opère de façon exactement contraire, car elle a tendance à sous-estimer les bénéfices que le service d'utilité public réalisera. Dans les cas où la spoliation est patente, quelle que soit la méthode d'évaluation, l'annulation du tarif est décidée par la Cour unanime au fond, divisée sur les motifs. Toute la jurisprudence de la Cour entre 1920 et 1929 justifie cette proposition ⁴⁶⁴. Le taux de rémunération ne permet pas, en effet, de faire varier suffisamment les bénéfices des com-

463. GLAESER A, qualifie ces procédures de comédies des erreurs, p. 329.

464. Avant 1920 et depuis la décision *Smyth v. Ames* dans les 25 affaires de tarifs soumises à la Cour, jamais les tarifs n'ont été annulés pour évaluation trop faible de l'actif ou taux de rémunération insuffisant. — V. *Willcoi v. Consolidated Gas Co* 219 U. S. 19 (1909), *Minnesota Rate Cases* 230 U. S. 352 (1913), la Cour ratifie les tarifs fixés par l'Etat.

Depuis 1920, in *Newton v. Consolidated Gas Co* 258 U. S. 165 (1922) ces tarifs qui ne permettent qu'un revenu de 2 % de la valeur réelle de l'actif sont annulés; in *Galveston Electric Co v. City of Galveston* 258 U. S. 388 (1922) la Cour ratifie le tarif; in *Southern Bell Telep. Co v. Pub. Ser. Comm. of West Virginia* 262 U. S. 679 (1923) la Cour annule le tarif; (HOLMES et BRANDEIS approuvent uniquement le dispositif) : elle le maintient in *Georgia Ry and Power Co v. Ry Comm. of Georgia* 262 U. S. 625 (1923) sur une opinion de BRANDEIS qui appuie la décision sur sa théorie de l'évaluation.

Puis c'est toute une série d'annulation de tarifs — et l'opposition des dissenters — qui commence avec *Pacific Gas and Electric Co v. San Francisco* 265 U. S. 403 (1924).

pagnies ; il est relativement limité entre 6 et 9 %. Il est difficile à la Cour d'accorder un taux plus élevé sans faire apparaître immédiatement un préjugé, que l'opinion relèvera vite, en faveur des *publics utilities*.

Ce conflit d'appréciation naît d'une divergence de conception sur la nature même de l'entreprise d'utilité publique. Pour le juge BRANDEIS en particulier et pour le juge HOLMES, la notion de *service public*, les obligations vis-à-vis de la collectivité qu'elle comporte, imprègnent et qualifient l'entreprise privée d'utilité publique.

Celle-ci est l'agent de l'Etat (*public servant*) c'est le mandataire de l'Etat dans l'accomplissement d'un service public ⁴⁶⁵ Le patrimoine de ces entreprises est différent du patrimoine des entreprises privées. Son affectation à l'intérêt public en modifie l'usage et la jouissance. Sa valeur n'est plus une valeur d'échange, librement fixée par les transactions du marché. La propriété de la *public utility*, tant que l'exploitation continue, est en quelque sorte hors du commerce. L'entreprise de service public bénéficie d'une exploitation protégée, en retour, l'Etat peut lui imposer des tarifs raisonnables ⁴⁶⁶.

84. A. Méthodes d'évaluation ⁴⁶⁷. — La Cour Suprême n'avait jamais affirmé la prépondérance d'une méthode particulière d'évaluation, jusqu'aux décisions qui s'échelonnent en 1920 et 1929 et décident que l'élément *coût de reproduction*, doit être spécialement considéré, et incorporé dans la valeur de l'actif. La Cour demandait qu'il fût tenu compte de tous les faits, pour établir la « juste valeur ». Ce n'était pas là une formule rigide ; elle devait pouvoir s'adapter aux circonstances changeantes de l'économie.

La valeur historique, la valeur actuelle, le coût de reproduction, la valeur de fonctionnement (*going value*)

465. V. *infra*, note 453 les conclusions de M. BLUM.

466. Cf. JÈZE, 1932 *R. D. P.*, p. 584 : « Les profits doivent être limités : la rémunération doit être raisonnable, normale, sans plus... » ; cf. Conclusion de M. CHARDENET sous C. E., 30 mars 1916, *Gaz. de Bordeaux Leb.*, p. 128.

467. V. TREVoux A sur les méthodes techniques d'évaluation qui opposent majorité et minorité, ch. VIII, IX, X.

du patrimoine de l'entreprise de service public, permettaient au juge, par leurs résultats divers suivant la conjoncture économique, de choisir le chiffre correspondant à son intime appréciation.

La Cour Suprême reconstituée en 1921 va se trouver en présence d'une hausse considérable des prix ; pour apprécier et gonfler la valeur du patrimoine des compagnies, le critérium du coût de reproduction s'impose nécessairement. La Cour va alors le considérer comme l'élément essentiel du processus d'évaluation⁴⁶⁸. L'adoption du même critérium, aujourd'hui, étant donné la baisse considérable du niveau des prix créerait une déflation destructrice de la valeur des services d'utilité publique⁴⁶⁹.

La minorité, surtout dans les dissents remarquables du juge BRANDEIS, s'est livrée à une analyse critique de la notion du « coût de reproduction ». Elle en a montré toute l'incertitude, et l'absurdité des résultats auxquels elle conduit logiquement.

Les techniciens, les Commissions de tarification ont souvent repris ces critiques ; manque de stabilité, écarts de valeurs formidables naissant de circonstances économiques modifiées.

La minorité recherche une appréciation moyenne de la valeur de l'actif et non son inflation incontestable que les opinions de la Cour exigent. Dans ce but, en tenant compte des limitations constitutionnelles, le juge BRANDEIS expose, au nom de la minorité, la théorie du « placement justifiée » (*prudent investment*). Elle consiste à rechercher le coût historique ou original de l'entreprise, dont on déduit les dépenses qui se sont révélées somptuaires ou inutiles. L'évaluation doit faire ressortir le montant du capital prudemment et raisonnablement engagé dans l'entreprise⁴⁷⁰. Les dissents que nous allons examiner comportent cette double action : critique et

468. V. *infra*, note .

469. TREVoux A, p. 289.

370. V. l'exposé le plus approfondi dans l'opinion concurrente de BRANDEIS dans l'affaire *Southwestern Bell Telephone Co.*,

construction. On aurait tort cependant de croire que les *dissenters* attachent une importance absolue à la théorie du *prudent investment*. Elle constitue plutôt une réaction contre les évaluations immodérées imposées par la majorité de la Cour.

C'est l'hypothèse de l'affaire *Mc Cardle v. Indianapolis* ⁴⁷¹. Les évaluations de la Commission sont trop faibles d'après la Cour. Dans la détermination du coût de reproduction, on n'a pas tenu compte de la hausse des prix depuis 1922, et la permanence de ce mouvement. De plus la valeur donnée au « fonctionnement » (*going value*) est jugée nettement insuffisante. Les évaluations de la Commission font apparaître un actif de \$ 5.000.000; celles de la Cour de 19 millions. Le juge BRANDEIS approuvé par M. STONE n'accepte pas cette augmentation injustifiée de valeur. Il constate que la Commission a uniquement considéré le coût de reproduction ; le chiffre qu'elle a obtenu est déjà suffisamment élevé. La Cour lui reproche de ne pas l'avoir fixé en fonction du niveau des prix au moment de l'évaluation et d'avoir établi un niveau moyen, sans tenir compte de la hausse actuelle et probable.

Cette prétention est critiquée par M. BRANDEIS qui démontre qu'on ne peut fixer à un moment précis le niveau des prix applicables à l'évaluation du coût de reproduction d'une entreprise, dont la création exige des années. Il soutient, en outre, que l'on doit tenir compte d'autres éléments : *coût original* et *prudent investment* et non pas seulement du coût de reproduction.

L'apogée de la théorie se trouve dans la décision de *St-Louis v. O'Fallon Ry Co* ⁴⁷². L'évaluation de l'actif de cette petite compagnie de chemins de fer avait été faite par l'*Interstate Commerce Commission*. Le Congrès lui prescrit d'appliquer la méthode imposée par la *loi de la Terre*, en matière de tarification ⁴⁷³. Cette évaluation a pour but de déterminer les recettes des Compagnies

471. 272 U. S. 400 (1926); 36 Y. L. J. 1151; RICHBERG I.

472. 279 U. S. 461.

473. § 4 de la Section 15 a de la loi de 1920 sur les Transports.

interfédérales de chemins de fer, pour leur appliquer la clause de « recapture » de la loi de 1920 : attribution à un fonds commun des réseaux des bénéfices excédant 6 % de la valeur de l'actif engagé.

La Cour annule la décision de la Commission, sous prétexte que le coût de reproduction, élément essentiel reconnu par la loi du pays, n'a pas été pris en considération. Elle indique que la question ne se pose pas de savoir dans quelle mesure on doit retenir le coût de reproduction. Elle ajoute que même si l'évaluation de la Commission n'entraîne pas confiscation de la propriété de la Compagnie, elle demeure inacceptable, parce qu'elle viole les dispositions formelles de l'Acte du Congrès.

Le Juge BRANDEIS approuvé par HOLMES et STONE justifie dans une longue opinion dissidente (60 pages), l'ordonnance de la Commission. Il recherche les intentions du Congrès dans l'histoire législative et renouvelle les critiques sérieuses qu'on peut faire à la théorie exclusive du coût de reproduction.

Le Juge STONE, d'accord à son tour avec ses deux autres collègues, attaque non sans ironie la décision de la Cour. La Commission avait évalué le coût de reproduction ; elle affirme en avoir tenu compte. Mais au cours de son rapport, elle ne peut s'empêcher de faire une vive critique de cette méthode, d'indiquer les multiples erreurs qu'elle comporte. Cette parenthèse a suffi pour éveiller les susceptibilités de la majorité de la Cour. Le juge le note avec humour et ajoute : « Si la Commission n'avait montré incidemment cette opinion, je suppose qu'il ne serait venu à l'idée de personne de douter de la validité de son ordonnance. »

Avec la décision du *O'Fallon Case*, le coût de reproduction prenait définitivement, semble-t-il, rang de disposition constitutionnelle intangible, d'élément irréductible de la Loi suprême de la Terre, qu'il fallait non seulement appliquer mais respecter.

L'année 1929 marque aussi le faite de la progression économique enregistrée aux Etats-Unis : la chute des

prix survient. L'application stricte de la théorie du coût de reproduction provoquerait la ruine des industries de services publics. La Cour modifie sa doctrine ! L'affaire de la *Los Angeles Gas and Electric Corporation v. Ry Commission of the State of California*, décidée le 9 mai 1933 lui en fournit l'occasion. La Cour, par la voix de son Président, C. E. HUGHES, approuve l'évaluation opérée par une des commissions les plus indisciplinées, les moins fidèles aux règles imposées par la Cour⁴⁷⁴. CARDOZO, STONE et BRANDEIS apportent leurs voix à la majorité : le Juge BUTLER exprime un avis dissident, partagé par son collègue SUTHERLAND⁴⁷⁵.

La Cour se rallie, dans une certaine mesure, aux points de vue des ex-dissidents. La méthode d'évaluation n'importe que si les tarifs sont clairement spoliateurs. Autrement l'Etat peut adopter la procédure qui lui convient. La Cour n'est pas un Conseil de révision des tarifs ; elle ne peut intervenir que si les limitations constitutionnelles sont véritablement transgressées.

Elle ne veut plus créer « une règle artificielle que des conditions modifiées pourraient bouleverser » ; et insiste sur le danger de procéder à des estimations d'un caractère conjectural.

Le Président HUGHES rappelle les différents éléments : coût actuel, coût historique, coût de reproduction, qui suivant les circonstances et les cas particuliers doivent concourir à l'évaluation de l'actif. Il indique que le coût actuel, c'est-à-dire le capital prudemment engagé, ne sauvegarde pas toujours l'intérêt du public : « Le public n'a pas assuré le placement.. Même quand le coût est révisé, de façon à réfléchir ce qu'on peut estimer avoir été prudemment et de bonne foi investi, le placement peut embrasser des propriétés inutilisées, inutiles pour le public. »

La notion de « valeur de fonctionnement » (*going value*) elle-même, est limitée, en ce sens que la Cour déclare qu'elle ne doit pas être considérée inévitable-

474. *U. S. Daily's Law Journal*, 9 mai 1933, p. 207.

475. Le juge Van Devanter n'a pas participé aux débats.

ment comme élément indépendant de l'évaluation ; et sa détermination ne peut reposer sur des hypothèses très incertaines, par exemple sur le prix supplémentaire qu'un acheteur éventuel paierait au delà de la valeur exacte de l'actif pour entrer en possession d'une entreprise en état de marche, ayant donné des résultats exceptionnels dans le passé, et offrant d'excellentes perspectives d'avenir. Il suffit que dans la détermination de la juste valeur on envisage l'entreprise comme un tout, et non comme une série d'éléments isolés.

La décision nous offre un effort louable pour protéger à la fois les intérêts des actionnaires et ceux des usagers de la compagnie de service public. Elle montre encore que la Cour ne se résoudra plus aussi facilement à modifier les appréciations des Commissions compétentes de tarification. Cette attitude heureuse ne peut que décourager les procès stériles extrêmement coûteux de cet ordre, encombrant sans intérêt, le rôle trop chargé de la Cour. Les dissents du juge de BRANDEIS et de ses collègues y ont largement contribué.

85. B. La juste rémunération. — La véritable ligne de démarcation entre les opinions dissidentes et les décisions se reflète dans les affaires où la méthode d'évaluation n'est plus en cause mais simplement le taux de rémunération.

Le taux dépend des circonstances économiques, du lieu où l'entreprise exerce son activité, des risques courus par l'industrie. Il doit permettre à l'entreprise de n'être pas désavantagée sur le marché des capitaux⁴⁷⁶. Il oscille légitimement entre 6 et 9 %. La minorité respecte la décision des Commissions dans cette mesure. La Cour a eu tendance à élever cette moyenne depuis 1920. Dans l'affaire *Pacific Gas Co v. San-Francisco*, elle maintient qu'un taux de 7 % est nécessaire pour qu'il n'y ait pas confiscation⁴⁷⁷. MM. BRANDEIS et HOLMES, dans un dissent, acceptent le taux légèrement plus faible

476. V. GLAESER A, ch. XIX, spécialement p. 426; BAUER A, ch. X; TREVOUX A, ch. XI; WYMAN A, ch. XXXIII; J. H. COHEN I.

377. 265 U. S. 403 (1924).

approuvé par la Cour inférieure et l'expert. Puis dans le cas *Mc Cardle*, 7 % ne sont plus suffisants, malgré l'opposition renouvelée de la minorité. Enfin dans l'affaire des Tramways de Baltimore, 7.50 % est un taux spoliateur⁴⁷⁸. La Cour revient sur la définition du juste taux de rémunération. Il ne s'agit pas de le déterminer par une démonstration mathématique, c'est une simple approximation. La juste compensation est nettement plus forte que l'intérêt courant des placements. La Cour doit exprimer un jugement éclairé et indépendant, dans l'accomplissement de son devoir constitutionnel.

Les juges Stone et Brandeis n'hésitent pas cependant à affirmer le caractère très suffisant du taux rejeté.

Plus récemment la Cour décide qu'il n'y a pas lieu d'annuler comme spoliateur un taux de 7 %⁴⁷⁹.

C. Administration des tarifs. — La tendance favorable aux entreprises de service public se révèle dans quelques décisions où la Cour est appelée à décider quel est exactement le rôle de l'organisme régulateur des tarifs. La Cour fait preuve d'une ingéniosité juridique remarquable pour gêner ou limiter leur administration, non sans d'acerbés critiques de juges dissidents.

La Cour décide par exemple qu'une municipalité ne peut fixer des tarifs insuffisants pour les services d'une société distributrice des eaux, occupant sans droit le domaine public. Le juge HOLMES, approuvé par CLARKE et BRANDEIS, expose les faits qui ne permettent pas, à la Cour d'intervenir. La concession de la société est expirée. La Ville ne demande pas à la société d'assurer le service, mais elle impose un tarif déterminé si la société continue d'offrir ses services. Les installations de la société n'ont plus qu'une valeur de ferraille. La Ville peut exiger, sous un préavis raisonnable, qu'elles soient enlevées.

La société ne peut qu'accepter l'ordonnance de tarification, ou cesser ses services. La Cour élude le dilemme

478. *United Ry and Electric Co of Balto v. West* 280 U. S. 234 (1930).

479. *Los Angeles Ry Co v. State Comm. of California*.

en interprétant l'ordonnance comme un renouvellement de la franchise ⁴⁸⁰ !

Dans une affaire plus récente, la Cour avait à juger la validité de conventions passées par la ville de Los Angeles fixant pour un certain temps les tarifs de la Compagnie des Tramways, puis la Compagnie préférant le droit commun soutient que les contrats ne sont pas valides. La Cour suit son argumentation ; elle déclare que la municipalité n'a jamais été autorisée par l'Etat à fixer contractuellement les tarifs, que l'autorisation, en cette matière d'ordre public ne peut être implicite ⁴⁸¹. Mais divers textes semblaient bien lui octroyer cette compétence. Pour asseoir sa décision sur des bases plus solides, la Cour indique que la Commission compétente de l'Etat a abrogé les conventions, et qu'il convient de rechercher d'un façon indépendante la juste compensation.

La Commission avait, en effet, reçu le pouvoir de modifier les tarifs contractuels suivant une certaine procédure. Il suffit aux Juges BRANDEIS et STONE d'examiner les conditions de son intervention pour écarter l'hypothèse de l'abrogation : La Compagnie demande une augmentation des tarifs ; la Commission ouvre l'enquête prévue par la loi, et décide qu'il n'y a pas lieu de modifier le tarif. Son intervention n'a pu supprimer les conventions ; sinon son refus aurait, malgré tout, pour effet de décharger la Compagnie de son obligation.

Les juges dissidents n'acceptent pas non plus la décision de la majorité sur le défaut de compétence de la Ville. Ils remarquent justement que seule la Compagnie est liée par les tarifs qu'elle a acceptés. La Compagnie avait le pouvoir de s'engager à limiter les tarifs ; elle l'a fait, précisément pour obtenir la concession. Or la Ville a le droit d'autoriser les concessions sous conditions « gouvernementales ou contractuelles ». Elle a pu valablement imposer l'obligation à son concessionnaire, sans s'engager elle-même. Le droit des contrats ne s'y oppose pas.

480. *Denver v. Denver Union Water Co* 246 U. S. 178 (1917).

481. *Ry Comm. of California v. Los Angeles Ry Corp* 280 U. S. (1929).

En tout cas, le Juge BRANDEIS remarque que la question de compétence de la Ville est de droit interne ; il appartient aux juridictions de l'Etat de la résoudre, si la Cour l'estime pertinente.

L'arrêt est assez curieux ; sous prétexte de faire respecter le principe d'intérêt public qui interdit aux Etats et à plus forte raison aux municipalités de lier leur pouvoir réglementaire, sauf cas exceptionnels, il consacre en réalité l'intérêt très particulier du concessionnaire.

§ 2. *Pouvoirs des Commissions administratives de contrôle.*

86. Doctrine des opinions dissidentes. — Nous avons pu constater la méfiance dont la Cour fait preuve à l'égard des Commissions administratives. Elle n'hésite pas à restreindre leurs pouvoirs par une « construction » étroite de leur chartes constitutives. Même en matière d'entreprise d'utilité publique la Cour s'efforce de faire prévaloir la liberté de l'exploitant là où le contrôle n'a pas été expressément et littéralement imposé. Deux affaires récentes, qui mettent en question la compétence de l'Interstate Commerce Commission, organisme régulateur des transports interfédéraux, montrent que cette tendance demeure.

Au cours de la réorganisation d'une Compagnie de chemins de fer tombée en faillite, la Commission se voit saisie d'une demande d'émission complémentaire de valeurs en vertu du paragraphe 20 (a), al. (2) du *Transportation Act*.

Les liquidateurs demandaient l'autorisation d'émettre des actions de \$ 4 à échanger contre les actions anciennes. Les actionnaires qui avaient déjà versé 32 \$ par action ancienne, perdent tout droit à l'actif, s'ils refusent ce nouvel échange. Sur chaque versement de \$ 4, \$ 1.50 étaient mis à part pour rémunérer les bons offices des

481bis Cf. *supra*, note 299bis.

réorganiseurs d'accord avec les anciens actionnaires et la nouvelle compagnie en formation. La Commission fait droit à cette demande sous réserve qu'aucune somme ne soit payée sur les fonds ainsi constitués sans son autorisation.

Les réorganiseurs et la Compagnie acceptent l'arrêté ainsi conçu, réalisent l'opération projetée. Puis ils attaquent la validité de la condition mise par la Commission à tous les paiements. Ils prétendent qu'elle est nulle dans la mesure où le fonds de \$ 1.50 destiné à la rémunération des liquidateurs est mis sous le contrôle de la Commission. La Cour le déclare en effet³⁸². Elle décide que la condition porte atteinte à la propriété privée des liquidateurs sans *due process*, sans compensation. Elle ajoute que la création du fonds spécial n'est pas soumise au droit fédéral. La transaction, complète et distincte en elle-même ne constitue pas un *commerce*. La condition inconstitutionnelle est annulée, mais l'autorisation d'émettre les valeurs n'en subsiste pas moins.

Un très vigoureux dissent du Juge STONE, approuvé par HOLMES et BRANDEIS, proteste contre l'arrêt de la Cour qui va permettre aux réorganiseurs de dépouiller les actionnaires. Les juges dissidents estiment que la condition imposée par l'Interstate Commission est licite ; qu'en tout cas la Compagnie et les liquidateurs n'ont pas qualité pour l'attaquer ; qu'enfin si la disposition litigieuse est annulée, l'arrêté tout entier doit disparaître.

La première proposition trouve sa justification dans la loi. Avant d'accorder l'autorisation d'émettre des valeurs la Commission a le pouvoir de vérifier le but d'utilité public poursuivi, le caractère nécessaire et raisonnable de l'émission. Le contrôle de la Commission ne pourrait s'exercer sous prétexte que l'accord des actionnaires et des liquidateurs, sur la rémunérations de ces derniers, est purement privé. Mais le juge STONE démontre qu'il n'en est rien. La réorganisation de la Compagnie en faillite est l'œuvre de ses banquiers, que l'on

482. *U. S. v. Chicago M., St P. and P Ry Co* 282 U. S. 311 (1931).

trouve partout, ou groupement des obligataires à la tête de la liquidation. Les banquiers ont établi le plan de renflouement ; ils ont acheté l'actif de l'ancienne compagnie, ils ont créé la nouvelle ; ils servent d'intermédiaires entre les anciens actionnaires et la nouvelle Compagnie. Le fond spécial de \$ 1.50 par action n'est pas isolé, les dépenses qui y seront imputées servent le plan de réorganisation. S'il avait été versé directement à la société en formation et payé par elle aux réorganiseurs, la Commission aurait eu un droit de regard et de contrôle. L'accord particulier avec les actionnaires a pour effet d'éluder le contrôle essentiel des pouvoirs publics.

Le Transportation Act de 1920 a précisément pour but d'assurer à l'ensemble des Chemins de fer fédéraux la juste rémunération du capital investi, et de créer ainsi un marché intéressant pour les valeurs de cet ordre.

La Commission se voit interdire la protection des actionnaires, spoliés par les frais de réorganisation considérables. Le crédit des Compagnies de chemins de fer est atteint, et par suite la permanence et la stabilité du système des transports. L'intérêt public en souffre. Le juge évoque l'histoire financière des Etats-Unis, les dépenses extravagantes et les gaspillages des grandes liquidations. Il en vient à une enquête particulière sur la Compagnie en cause et rappelle les abus découverts dans le passé, (commissions excessives, etc.). Il indique que les fonds destinés à la rémunération s'élèvent à 3 millions de dollars ; les banquiers ont déjà été autorisés par la Commission à prélever plus d'un million. Comment l'Interstate Commission peut elle prévenir les exactions, si elle ne se réserve par un droit de contrôle sur les paiements ? Elle n'a pas d'autre moyen. Elle avait le pouvoir de refuser, *sans condition*, toute émission de valeurs. Les réorganiseurs avaient le choix : accepter ou refuser le plan tout entier.

Ils ont eu une attitude toute de mauvaise foi ; ils exécutent le plan sans objection, recouvrent le montant de l'émission autorisée, obtiennent des versements sur le fond réservé, se font délivrer les titres de propriété déte-

nus par la Commission. Puis quand ils sont sûrs de leur situation, quand ils ont reçu de la Commission tout ce qu'ils attendaient d'elle, ils attaquent partiellement son ordonnance. Cette attitude doit entraîner une fin de non recevoir. Il s'agit, en effet, d'un procès *en équité* ; la partie dont la conscience n'est pas pure n'est pas fondée à en invoquer la procédure et les remèdes.

Enfin, la Cour ne peut maintenir l'arrêté d'autorisation en supprimant sa condition essentielle et déterminante. Seule la Commission peut accorder son consentement à l'émission, seule elle a qualité pour en apprécier l'opportunité. Le juge ne peut préjuger de son opinion, du poids qu'elle attachait à la condition disparue.

On voit quelle importance la Cour attache à la liberté des contrats ; elle l'impose chaque fois qu'elle le peut, même dans un domaine où le contrôle administratif est reconnu et inévitable.

87. Persistance d'une jurisprudence contraire. Une décision du 29 mai 1933 témoigne du même esprit ; dans cette espèce aucune question constitutionnelle n'est en jeu ; seule l'interprétation de la loi divise la Cour ⁴⁸³.

L'Association des Commerçants du port de Galveston (Texas) introduit une plainte auprès de l'Interstate Commission. Elle indique que les tarifs de transports des marchandises entre Galveston et l'arrière pays sont beaucoup plus élevés qu'entre cet arrière-pays et le port de la Nouvelle-Orléans. Le trafic commercial est ainsi détourné vers cette ville au grand dommage de Galveston, et d'une façon générale des ports du Texas.

Sur enquête, la Commission vérifie ces allégations ; les discriminations ne sont pas le résultat de prix de revient différents. D'un même point d'origine et à distance égale le coût du transport est beaucoup moins élevé vers la Nouvelle-Orléans que vers les ports du Texas. La Commission prend un arrêté destiné à supprimer, et sur quelques points à atténuer la discrimination. Deux compa-

483. *Texas and Pacific Ry Co v. U. S.* *U. S. Weekly Law J.* (1933), p. 277 ; Cf. *Public Utility Comm. v. Attleboro Steam and Electric Co* 273 U. S. 83 (1927).

gnies de chemins de fer, la *Texas and Pacific Ry* et la *Louisiana and Arkansas Ry* touchées par ces prescriptions en contestent la validité. Elles soutiennent l'incompétence de la Commission, en droit et en fait. La Cour accueille favorablement cet appel.

La section 3 (1) de la loi déclare illégales les discriminations injustifiées et déraisonnables opérées par un transporteur public, pour toutes catégories de trafics, entre des *localités quelconques* ; la section 15 (1) donne pouvoir à la Commission de faire disparaître les violations de la loi en imposant des tarifs identiques et communs aux Compagnies. Mais, au jugement de la Cour, un *port* n'est pas une *localité*. Les marchandises ne font qu'y passer.

La loi ne s'applique qu'aux relations entre localités d'origine et de destination, elle demeure sans effet quand il s'agit de points de passage : embranchements, jonctions, *ports*. Le Congrès n'a jamais eu l'intention d'établir l'égalité des tarifs sur les lignes desservant différents ports de façon à supprimer toute concurrence. La Commission n'a pas le pouvoir de supprimer cette concurrence, au profit des ports du Texas.

D'ailleurs eut-elle été compétente, les conditions de fait ne justifiaient pas son action. La Cour constate, en effet, que la Commission a imposé sa décision à des compagnies qui ne desservent pas les ports du Texas, et qui par conséquent n'ont aucun pouvoir sur les tarifs perçus sur les lignes qui unissent l'arrière pays aux ports du Texas. Elles peuvent bien élever leurs propres tarifs, elle ne peuvent obtenir des compagnies du Texas qu'elles diminuent les leurs. Or la Cour décide que la Commission ne peut agir que contre les transporteurs qui participent aux deux tarifs discriminatoires. Les transporteurs doivent être « la source commune de la discrimination ». Il faut leur laisser le choix entre l'égalisation des tarifs par la baisse ou par la hausse. Ce n'est possible que s'ils ont la maîtrise et des tarifs trop élevés et des tarifs trop faibles.

Contre les principes de la décision, le Président

HUGUES, les Juges BRANDEIS et CARDOZO s'inscrivent en faux par la voix de M. STONE.

Sur le premier point il est facile à la minorité de critiquer la « construction » donnée par la Cour au terme *localité*. La portée de la loi est générale ; les expressions qu'elle emploie « toute localité quelconque », « à tous égards », ne comportent aucune restriction et ne laissent pas de place à l'interprétation.

La jurisprudence l'a décidé à maintes reprises ; toutes les formes de discrimination, de favoritisme ou d'inégalité sont illégales. La Commission considère depuis longtemps les ports comme des localités au sens de la loi ; elle est toujours intervenue et dès son origine pour assurer l'égalité des tarifs, en matière de transports maritimes, entre les ports.

Il est vrai que la Cour écarte cette pratique, en observant que l'organe administratif n'est pas juge de sa compétence. Mais le juge STONE rappelle l'autorité qui s'attache aux doctrines de la Commission dont l'interprétation ne peut être sommairement rejetée en faveur d'une autre qui est très loin à la fois du sens clair des mots et de la politique qui jusqu'à maintenant, pensait-on, avait inspiré leur usage.

Il fait appel, lui aussi, à l'histoire législative ; souligne le but du texte : supprimer les discriminations injustifiées ; et son effet : limiter dans une certaine mesure la concurrence. Les travaux préparatoires, scrupuleusement étudiés, ne fondent aucunement une différence de traitement à l'égard des ports.

Quand à l'impossibilité pour les compagnies d'exercer une influence quelconque sur les tarifs de transports vers le Texas, la minorité n'y attache aucune importance particulière. Elles n'ont pas droit à un choix, à une alternative. Elles peuvent élever leurs tarifs. La Commission a pu légalement décider leur augmentation. Au surplus, l'absence de contrôle sur les autres tarifs relevée par la Cour est purement apparente. Si leurs lignes ne vont pas jusqu'aux ports du Texas, les compagnies y sont cependant réunies par des embranchements et des jonctions ;

d'accord avec les autres compagnies, elles perçoivent sur les marchandises dirigées par leur intermédiaire vers ces ports, les tarifs plus élevés, qui frappent ces marchandises en direction des côtes du Texas. Elles sont donc bien responsables, au moins partiellement et conjointement, des tarifs élevés qui causent un préjudice aux ports du Texas et à Galveston en particulier.

La Cour n'a donc pas voulu reconnaître la légitimité de l'action de l'Interstate Commerce Commission. Il lui semblait que c'eût été là autoriser une sorte d'économie dirigée. Elle demeure très hostile à ces expériences, que la tradition et la doctrine classiques réprouvent toujours ⁴⁸⁴.

88. Rôle nécessaire de la Cour Suprême. — Dans la formation et l'application du Statut des entreprises de services publics industriels, la Cour donne seulement des directives. Son action est nécessairement fragmentaire ; elle n'en est pas moins fort gênante pour leur strict contrôle au profit de la collectivité. La méfiance très apparente dont elle fait preuve à l'égard des réglementations trop compréhensives, les théories sur les tarifs qu'elle consacre, apportent un encouragement certain au laisser-aller des Commissions d'Etat, aux abus tolérés des exploitants.

Certes la crise morale, financière et économique des *public utilities*, ne peut être résolue même par l'intervention sérieuse et efficace de la Cour Suprême. Un redressement du contrôle législatif et administratif, la surveillance des usagers et de l'opinion publique apparaissent surtout nécessaires ⁴⁸⁵.

Mais les scandales récemment révélés, au grand dommage des actionnaires et des usagers de ces services, se

484. V. TREVoux, ch. XII; KEESER A.

485. RIPLEY A; KEESER A; *The Nation*, 14 juin 1933, p. 653; *U.S. Weekly*, 27 mai 1933, p. 39; in *The Annals*; *Power and the Public* V. 169-I l'étude de BONBRIGHT; mars 1930, V. 149-I l'étude de RAUSHENBUSH; C. D. THOMSON A; M. H. WATERMAN A.

reproduiraient difficilement si la plus haute juridiction des Etats-Unis marquait sa volonté décisive de ne plus prêter son autorité à un régime de facilité et de gaspillages dans les entreprises de services publics. La doctrine des dissents lui montre la voie raisonnable.

CHAPITRE V.

LES GRANDES THEORIES DU DROIT CONSTITUTIONNEL AMERICAIN DANS LES OPINIONS DISSIDENTES

89. On peut, sans s'exposer à trop d'inexactitudes, rechercher à travers les opinions dissidentes que nous avons analysées, les doctrines constitutionnelles qui les inspirent.

Certes les dissents, nous l'avons expressément indiqué, ne représentent qu'une faible part de la participation des juges aux décisions et à la jurisprudence de la Cour.

Mais cette marge est précisément celle qui sépare deux écoles, deux théories ; cet élément irréductible suppose une interprétation et des principes différents.

Nous avons eu l'occasion de les mettre en lumière au cours des recherches précédentes ; nous voulons en donner un résumé systématique en passant en revue les principaux chapitres du Droit constitutionnel américain : contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois, clause de *due process*, définition du *police power*, de l'*interstate commerce*, régime des *public utilities* statut du pouvoir fiscal, pouvoir judiciaire d'*injonction*.

A. **Contrôle de la constitutionnalité des lois.** — Nous n'avons pu constater, même dans les dissents les plus passionnés, le rejet par les juges libéraux du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois. Le pouvoir des tribunaux de statuer sur l'exception d'inconstitutionnalité est indubitablement reconnu et accepté par tous.

Mais les juges de la minorité sont moins fermes dans leur défense du contrôle.

O. W. HOLMES considère cependant, en 1913, le pouvoir d'annulation de la Cour sur les lois d'Etat, comme essentiel au maintien de l'Union américaine⁴⁸⁶. En tout cas et pour le moment, la prérogative judiciaire fait partie du droit positif.

Quelques dissents hasardent l'expression voilée d'un scrupule et d'un doute ; la critique de l'institution, telle qu'elle s'est progressivement développée s'affirme dans tous, et ses limites précises sont étroitement déterminées.

Si le principe n'est plus contesté, son application demeure instable. L'étude qui précède le démontre clairement. Les juges dissidents n'hésitent pas à formuler les plus graves accusations contre leurs collègues : abus de pouvoir, usurpation. Ils dénoncent leur tyrannie et leur arbitraire intolérable. Ils révèlent que la Cour joue le rôle déguisé, que la Constitution ne lui octroie pas, d'une Chambre Haute, d'un super-Parlement. La loi ne dirige pas son action, son action transforme la loi. Les décisions de la Cour sont déclarées extravagantes, incohérentes, par les juges dissidents qui ont participé aux débats. La doctrine les auteurs adoptent souvent le même point de vue. Ils invitent les citoyens à scruter l'autorité réelle et irresponsable des juges détenteurs d'un pouvoir discrétionnaire.

A l'extension du contrôle judiciaire, les *dissenters* opposent la sanction de l'opinion publique, le respect de la volonté populaire⁴⁸⁷. Ils invitent leurs collègues à tenir compte de cette opinion. Mais comme l'a écrit le Professeur F. G. WILSON: « Nos plus grands juges n'ont jamais été effrayés par la force de l'opinion, et dans les relations économiques, ils ont été capables de maintenir leurs conclusions quoiqu'en ait pu penser le public à de

486. O. W. HOLMES A, p. 295-96 : « Je ne pense pas que ce serait la fin des Etats-Unis si nous perdions notre pouvoir de déclarer nul un acte du Congrès. Je pense que l'Union serait mise en péril si nous ne pouvions faire cette déclaration quant aux lois des Etats particuliers. »

487. MOTT A, p. 583 et suivantes.

certains moments ⁴⁸⁸. » On l'a quelquefois nié mais à tort. En tout cas la doctrine des opinions dissidentes s'oppose à tout escamotage des réformes exigées par l'opinion publique. Le juge HOLMES, en particulier, a souvent affirmé et accepté le rôle et l'action de la volonté populaire. La juridiction des tribunaux est le pouvoir de dire le droit. « Ce n'est pas l'autorité de le créer ».

Le contrôle judiciaire ne peut s'exercer là où intervient un jugement de valeurs sociales et économiques. Dans ces cas, seul le législateur est compétent, le juge ne doit pas le soumettre à sa puissance ⁴⁸⁹.

B. Sens du « due process ». — Les juges dissidents conservent cette attitude dans l'interprétation de la clause essentielle de *due process*. Sans doute ils insistent plus volontiers sur le sens ancien, et dépassé de la disposition ; ils le rappellent non sans énergie à leurs collègues. Le *due process* c'est uniquement à l'origine une restriction de procédure, qui limite l'activité pénale répressive, puis générale de l'Etat. Il se définit « le Gouvernement fait-il régulièrement ce qu'il fait ⁴⁹⁰ ». Cependant les juges s'inclinent, et admettent que le *due process* régit le *fond*, comme la forme de l'activité des pouvoirs publics. Mais ils déclarent, avec solennité souvent, que le *due process* ne doit pas être « le mot de passe » de toutes les décisions que la Cour veut faire triompher, la clef du gouvernement des juges. Ils constatent que le contenu de la clause ne trouve pas son expression dans la Constitution, et à l'interprétation judiciaire opposent l'interprétation populaire.

Selon eux le *due process* ne doit pas servir de protection intangible à la liberté et à la propriété, telles

488. WILSON I. p. 385; cf. *supra*, n° 11.

489. HOLMES in *Kuhn v. Fairmont Coal Co* 215 U. S. 349 (1910); cf. *Muhlker v. Harlem R. R. Co* 197 U. S. 544 (1905); v. *infra*, ch. III et IV; *E. S. S.* : V¹⁸ *Constitutionalism* par HAMILTON; *Constitutional Law* par E. FREUND; *Judicial Process* par HAMILTON; *Judicial Review* par E. S. CORWIN; T. R. POWELL : *Constitutional Metaphores* 41 *New Republic* 314 (1925); HAINES A. p. 429.

190. *Due Process* par R. E. CUSHMAN in *E. S. S.*; GALLAND A, p. 29; MOTT A.

qu'elles sont définies et conçues dans un système unique d'économie : le régime capitaliste, ou plus étroitement encore dans un état donné de ce régime : l'individualisme économique. L'opinion dissidente du juge HOLMES dans l'affaire *Lochner v. New-York*, est classique à cet égard. De même le droit des obligations ne peut être définitivement fixé sous une forme déterminée de relations sociales, et interdit à l'action législative, sous prétexte de liberté garantie par le *due process* — surtout si la protection judiciaire sous une apparente égalité de droit consacre une réelle inégalité de fait. Enfin, les juges dissidents ont eu souvent l'occasion de souligner les graves déformations que la Cour a fait subir aux notions juridiques les mieux précisées — en particulier à la notion de propriété — pour élargir le champ du *due process*.

Les juges dissidents donnent cependant valeur absolue à un des éléments du *due process* : la liberté individuelle, sous tous ses aspects, liberté d'expression, liberté civile, protégée contre l'arbitraire de la répression pénale ou policière. C'est revenir, en l'élevant, à la conception traditionnelle, du *due process* en droit anglais. En même temps ces juges expriment une très belle et moderne idée : ne pas s'agripper aux fragiles et relatives structures des sociétés humaines, respecter la pensée indépendante, souveraine dignité de l'homme éternel.

Le contenu du *due process* doit donc être renouvelé par l'opinion publique. La Cour lui a donné un sens artificiel, une portée nébuleuse. Les dissidents critiquent encore la clause de *due process* parce que c'est une notion anti-juridique type. Elle ne fait l'objet d'aucune définition même imprécise ; elle ne donne aucune règle même probable d'action. « La Cour Suprême, écrit E. FREUND, opère par des distinctions obscures et décide à de très faibles majorités ⁴⁹¹. » Le droit cesse puisque

491. V^o *Constitutional Law*, E. S. S. : il ajoute que la clause de *due process* ne demeurera que si elle s'identifie plus simplement avec l'observation du *due standard* de législation. C'est la thèse des dissidents.

surgit la pure discrétion. La vérification juridique s'efface devant le contrôle politique ⁴⁹².

A cette conception arbitraire, les juges HOLMES et BRANDEIS, et d'autres parmi leurs collègues, tentent de substituer une interprétation objective ⁴⁹³.

Ils écartent délibérément tout jugement personnel pour considérer si la mesure critiquée a reçu l'adhésion de l'opinion publique, là où elle doit être appliquée. Ils recherchent, en outre, si la mesure peut faire raisonnablement l'objet de jugements de valeur différents. Il s'agit de savoir si des hommes raisonnables peuvent se trouver en désaccord sur la question. Dans l'affirmative le juge doit s'incliner. Le même esprit permet une interprétation réaliste et de bon sens de la clause d'égal protection. Toute distinction désapprouvée par le juge n'apparaît pas comme une législation de classe invalide ⁴⁹⁴.

A l'inégalité des formes et des apparences, qui doit demeurer sans influence sur la légitimité constitutionnelle, les dissents substituent l'égalité d'essence dont la recherche autorise et justifie les classifications.

On n'arrive certes pas à des critères absolument précis, mais le jeu des opinions intimes et des sentiments personnels des juges est strictement limité. Il y a là aussi un problème de méthode d'interprétation et de jugement : respect de la souveraineté nationale, connaissance des faits sociaux et économiques ; nous l'avons examiné ⁴⁹⁵.

90. C. Le Pouvoir de police. — Cette conception du *due process* qualifie la définition du pouvoir de police que nous trouvons dans les opinions dissidentes. On voit immédiatement que ces opinions ne limitent qu'au strict nécessaire les pouvoirs de police, par l'exigence du *due process*.

492. MOTT A, § 211.

493. V. *infra*, n^{os} 40, 41, 50 à 53, 76, 78.

494. V. *infra*, n^{os} 40, 45, 54, 55, 80.

495. Ceci a été reconnu par MOTT A qui a consacré deux chapitres (24 et 25) à ce problème; V. *infra*, n^{os} 5 à 15.

L'emploi courant de l'expression « pouvoir de police » est récent dans la doctrine et la jurisprudence américaines⁴⁹⁶. Cette expression n'a pas le sens étroit et spécial que notre droit actuel lui reconnaît le plus généralement ; elle comporte très exactement la signification que lui donnait l'ancien droit : pouvoir d'administration et de gouvernement⁴⁹⁷. C'est le pouvoir d'organisation par la contrainte, que possèdent les autorités publiques sur les activités privées, dans le but d'assurer la pleine satisfaction des intérêts généraux de la collectivité. Mais sa cristallisation dans une expression immuable qui n'exprime pas principalement l'idée de la contrainte ou de souveraineté, a permis aux juges américains d'en réduire le contenu, de diminuer sa portée.

Il est remarquable que l'usage élargi et constant des deux notions de *due process* et de « pouvoir de police », toutes deux restrictives de l'action du législateur, est à peu près contemporain.

Et cependant il ne manque pas de définition très compréhensives du pouvoir de police ; les juges dissidents restent fidèles à celle, classique, exprimée par O. W. HOLMES, la Cour Suprême l'oublie trop souvent⁴⁹⁸.

Traditionnellement le pouvoir de police se confond avec la souveraineté de l'Etat. Deux définitions célèbres, celle du Président de la Cour Suprême du Massachusetts SHAW (1852), et celle du Président Redfield (1855) ne sont pas moins extensives. La Cour Suprême fédérale, elle-même, à plusieurs reprises a affirmé que le pouvoir de police n'était pas limité aux besoins d'hygiène, de moralité et de sécurité publique, et s'étendait au bien-être et à la prospérité générale⁴⁹⁹. Dans l'affaire *Munn v. Illinois*, la Cour avait rendu plus facile l'intervention

496. *Licence Cases* 5 How 504 (1837) ; l'expression n'apparaît que dans la 14^e édition (1883) du dictionnaire classique de droit américain de BOUVIER : MOTT A. p. 301-302.

497. ESMEIN A, p. 577 ; cf. le titre exact des administrateurs des provinces françaises sous l'Ancien Régime : Intendants de Justice, police et finances...

498. V. *infra*, n^{os} 40, 43, 49, 82.

499. *Ry Commission Cases* 116 U. S. 307 (1886).

du législateur en faisant appel à la notion d'utilité publique. L'action législative est possible dès que le droit invoqué n'est plus purement privé, dès que le public est intéressé à sa réglementation, et cette action est indépendante de toute révision par les Cours de Justice. Mais bientôt la Cour Suprême réserve aux tribunaux un pouvoir de contrôle sur les mesures prises par le législateur qui embrasse souvent l'examen de l'opportunité. De plus la notion d'utilité publique, exactement « d'affectation à l'intérêt public » transformé, réinterprétée, crée un nouvel obstacle à l'exercice du pouvoir de police des Etats.

L'action gouvernementale restreinte par la forme juridique donnée à ses prérogatives, et par l'exigence du *due process*, est encore amenuisée par cette notion d'*affectation à l'intérêt public*.

Il n'est pas permis aux Etats de réglementer directement, en vertu de leur pouvoir de police, toutes les activités qui se manifestent sur leur territoire. L'activité économique (liberté du commerce et des prix) pour être atteinte, doit être marquée de cette fameuse « affectation with a public interest ».

Sur ce point, par une analyse critique approfondie, approuvée par la grande majorité de la doctrine, les dissents ont su montrer l'inexactitude, tant au point de vue historique que constitutionnel, de cette notion.

Nous l'avons constaté de façon précise en étudiant l'intervention de l'Etat dans la production. Les opinions dissidentes démontrent que l'« affectation », n'est pas un critère juridique ; c'est une formule vague et illusoire, elle indique un résultat mais ne permet pas de le prévoir.

« Dire que seules les entreprises affectées d'un intérêt public peuvent être réglementées n'est qu'une façon différente d'affirmer que toutes les entreprises qui peuvent être réglementées sont affectées d'un intérêt public ⁵⁰⁰. »

500. STONE in *Tyson v. Banton*; WILLOUGHBY A, p. 1758-59.

Il ne s'agit pas d'interprétation constitutionnelle. C'est une véritable pétition de principe et non une règle de droit. Elle masque une législation judiciaire. Le juge HOLMES n'attache aucune valeur à la théorie de l'affectation. Il la critique au même titre que la notion étroite du pouvoir de police adoptée par la Cour. Il considère ces expressions un peu comme des voiles cachant une réalité trop sévère : le pouvoir de contrainte et de gouvernement de l'Etat. Le vénérable juge estime que l'exercice de ce pouvoir ne doit pas être limité par la Cour. Le législateur qui s'appuie sur l'opinion publique est seul qualifié pour assurer le contrôle des activités économiques. Le juge BRANDEIS dans l'affaire *New State Ice Co* exprime la même idée. Le pouvoir de réglementer existe : il peut être exercé. La doctrine de l'affectation à l'intérêt public qui vient détruire partiellement ce pouvoir, repose, pour lui, sur une erreur historique. La doctrine adopte en général une attitude identique ⁵⁰¹.

D. Définition de l'Interstate commerce. — La compétence fédérale en matière de « commerce » interfédéral et international a permis à la Cour de reconnaître au Congrès un véritable pouvoir de police, d'administration sur les Etats de la Fédération. Par ce canal, l'évolution politique de l'Union, vers la concentration et la centralisation des Etats-Unis, a fait de rapides progrès. L'action fédérale a été substituée à l'action locale ⁵⁰². Dans cet important épisode de l'histoire contemporaine des Etats-Unis, la Cour Suprême a joué un rôle essentiel.

Mais, en même temps, la Cour interprète la clause du « commerce » de façon à paralyser les interventions sociales et économiques des Etats-Unis et des Etats particuliers.

Elle n'a pas permis que soit réalisé ce code du travail

501. V. cependant l'attitude conforme à la jurisprudence de la Cour suprême des Tribunaux suprêmes des Etats et des Cours fédérales, C. G. HAINES III, p. 587; 17 *Minnesota L. R.* 325 (1933).

502. Ce résultat a encore été obtenu par le moyen d'autres pouvoirs fédéraux en particulier monétaires (création du système de Banques de Réserve) et fiscaux (subventions aux Etats particuliers sous condition).

et des manufactures, communs à tous les Etats de l'Union, que souhaitait le Professeur GOODNOW. Les opinions dissidentes ont relevé la contradiction qu'implique cette interprétation tronquée de la clause. Pour elles, le respect de la « politique publique » du Congrès s'impose, du moment que le législateur fédéral emploie les moyens mis à sa disposition par la loi Suprême.

En particulier le pouvoir du Congrès sur le commerce lui permet, non seulement de réglementer, mais de prohiber, un commerce quelconque, sans que le juge puisse intervenir pour sanctionner telle prohibition, rejeter telle autre.

La même clause interprétée de façon à limiter le contrôle social et économique de l'Union, sert au surplus de frein au pouvoir de police et au pouvoir fiscal des Etats particuliers. Les juges dissidents opposent à cette double contradiction la jurisprudence traditionnelle de la Cour ⁵⁰⁴.

91. E. Théorie des concessions de services publics. —

La théorie des *public utilities*, des entreprises de service public n'a pas encore été bien dégagée ni dans la jurisprudence, ni dans la doctrine, aux Etats-Unis.

Parmi les opinions judiciaires, le seul effort intéressant de qualification, de classification et de définition se trouve dans les dissents. L'arrêt, tant cité, du Président TAFT, dans l'affaire *Wolf Packing Co*, n'offre qu'une liste d'hypothèses où une intervention sérieuse de l'Etat est possible. On n'y trouve aucun critérium réel, aucune construction scientifique. Il n'est pas fait de distinction entre la notion accessoire de l'affectation à l'intérêt public, et celle, essentielle, de service public, du *public utility*. Nous en avons donné une explication : les entreprises de service public constituent, pour le Président TAFT, une catégorie historique où l'on ne peut faire entrer aucune autre activité économique.

504. V. WILLOUGHBY A, ch. 104 ; V. une jurisprudence récente conforme à leur doctrine : Arrêt du 10 avril 1933 *Bradley v. P. U. of Ohio* 85 A. L. R. 1131 ; opinion de la Cour par BRANDEIS.

Pour les opinions dissidentes, au contraire, le régime de l'entreprise de service public peut être établi dès que l'opinion publique l'exige par la voie de ses représentants qualifiés : les législateurs. C'est reconnaître le caractère *politique* de cette décision. Les dissents précisent encore les cas où cette décision pourra intervenir le plus normalement ; le jeu de la libre concurrence est faussé en quelque manière ; il existe un monopole réel ou virtuel ; l'initiative privée ne remplit pas un besoin indispensable à la collectivité ; l'entrepreneur est obligé d'avoir recours à l'aide de l'Etat (occupation du domaine public, expropriation).

Ils reconnaissent, au surplus, que l'entreprise de service public doit être placée sous un régime spécial, sous un statut particulier, plus proche du droit public que du droit privé. Ils considèrent en effet l'entreprise de service public comme un prolongement de l'Etat dont elle est l'agent ; c'est un *public servant*. Cette situation lui crée des obligations exorbitantes du droit privé. L'Etat peut exiger des *public utilities* un service continu, utile, égal pour tous, à un tarif raisonnable. Et l'intervention de l'Etat peut se manifester de manière profonde et compréhensive ⁵⁰⁵.

Les conclusions de M. BLUM dans l'affaire de la Compagnie des tramways s'appliquent exactement à cette analyse des dissenters. « La concession (ici l'entreprise de service public) représente une délégation, c'est-à-dire qu'elle constitue un mode de gestion indirecte ; il n'équivaut point à un abandon, à un délaissement. L'Etat reste garant de la sécurité publique qu'une exécution inhabile du service peut compromettre ⁵⁰⁶. » Le contrôle de l'Etat doit s'exercer tant sur la sécurité technique que sur la sécurité économique de l'entreprise. La *public utility* n'a pas un caractère essentiellement lucratif ; l'entrepreneur ou le concessionnaire ne doivent pas y trouver des profits comparables à ceux du commerce privé, mais simplement une juste rémunération.

505. WYMAN A, II, p. 2164-65, § 1433 40.

506. C. E. 11 mars 1910, *Leb.* p. 216.

Ce sont là des idées claires et parfaitement juridiques qui pourraient servir de point de départ à une théorie générale des concessions de services publics de caractère industriel ou commercial aux Etats-Unis.

F. Le pouvoir fiscal. — Les opinions dissidentes maintiennent la conception traditionnelle du pouvoir fiscal, prérogative essentielle discrétionnaire, dont l'exercice ne doit pas être rendu vain par un étroit contrôle judiciaire. Elles marquent en toute occasion leur répugnance à y porter atteinte. Les possibilités de fraudes et d'évasion fiscale sont telles qu'il faut permettre au législateur de prendre des mesures sévères, que la stricte application des principes constitutionnels entacherait peut-être d'invalidité. Les dissents reconnaissent donc aux Etats un large pouvoir de police fiscale. Le caractère politique, au premier chef, de l'action fiscale n'autorise pas le juge à intervenir. Cette attitude s'oppose singulièrement à celle de la majorité de la Cour. Depuis une dizaine d'années, par une jurisprudence trop favorable aux contribuables désireux de se soustraire à leur quote-part des charges publiques, la Cour a causé en effet une gêne véritable à la bonne administration des impôts. C'était oublier les anciennes définitions. Celle du président MARSHALL : « Le pouvoir d'imposer les citoyens et leur propriété est essentiel à l'existence même du gouvernement... »⁵⁰⁷. Celle de COOLEY : « Le pouvoir fiscal est si illimité dans sa puissance, si compréhensif dans son étendue, que les Cours s'aventurent rarement à déclarer qu'il est sujet à quelques restrictions que ce soit, sauf celles qui sont acceptées par l'autorité qui l'exerce »⁵⁰⁸. » C'était méconnaître aussi les nécessités primaires des Etats modernes.

G. La procédure d'injonction. — La Cour suprême a élevé la procédure d'équité par voie d'injonction à la hauteur de principe constitutionnel. Elle interdit au

507. *McCulloch v. Maryland* 4 Wheat 316.

508. COOLEY A, p. 986.

législateur de limiter cette prérogative judiciaire. Elle sanctionnait ainsi le moyen le plus efficace du gouvernement des juges : l'intervention directe. L'injonction permet aux tribunaux de lancer à des particuliers des ordres, sous forme de défenses et de prescriptions détaillées et compréhensives. La désobéissance est punie de prison, au gré du juge. Le jury n'intervient pas. L'absence de tout élément populaire dans cette procédure permet de résoudre les conflits sociaux sur un plan extrêmement conservateur. Les abus sont connus⁵⁰⁹.

Les opinions dissidentes ont restitué à la procédure d'injonction son véritable caractère : procédure extraordinaire et accessoire, d'emploi récent en droit américain ; elle peut être modifiée, transformée ou supprimée par le législateur. Ce n'est pas un remède intangible. Il est limité, d'une façon générale, aux droits de propriété alors qu'il pourrait assurer la protection des droits personnels. Même en matière de droit de propriété, son usage peut être restreint si l'intérêt public l'exige. On ne peut invoquer de droit acquis au maintien d'une règle de droit⁵¹⁰.

Les *dissents* ont révélé la véritable nature de l'action des Cours de justice. Elle n'assure pas simplement la protection légitime des droits de propriété gravement menacés dans leur usage ou leur substance, mais « elle revêt la propriété d'un pouvoir actif militant qui lui permettrait d'assurer sa domination sur les hommes⁵¹¹ ».

Les dissents critiquent cette intervention d'un des pouvoirs constitués de l'État dans les graves conflits du travail en faveur d'une des parties.

Ils remarquent que ce n'est pas leur donner une solution qui rétablisse l'équilibre social, réalise les réformes nécessaires ; c'est fausser le résultat du conflit, imposer, sans conditions, la défaite à toute une catégorie de citoyens au bénéfice d'une autre.

509. V. FRANKFURTER and GREENE A.

510. MOTT A, p. 289.

511. BRANDEIS, opinion dissidente in *Truax v. Corrigan* 257 U. S. 312 (1921).

Les juges dissidents exposent encore les abus de la procédure d'injonction : elle permet de sanctionner des délits ou des crimes réprimés par la loi pénale, sans respecter les formes protectrices prévues par celle-ci. Un seul juge, statuant souvent sans entendre les témoins, sur des témoignages écrits, peut priver des citoyens de leur liberté pour un temps illimité ^{511 bis}.

92. La Cour suprême, juge de la légalité administrative. — Il importe de souligner, au terme de cet examen, l'accord entre les théories des opinions dissidentes et celle de la plus grande partie de la doctrine américaine. C'est une preuve de plus que le courant des dissents n'est pas isolé et sans influence.

Nous n'avons pas indiqué ici si les doctrines des opinions dissidentes s'imposaient dans les décisions les plus récentes. Cette recherche de détail a été faite à l'occasion de chaque matière étudiée. On ne peut donner de vue d'ensemble, ni signaler une évolution uniforme. On n'éviterait pas les erreurs que toute prophétie comporte ⁵¹².

Nous avons noté quelques réactions, en matière de liberté individuelle, de législation du travail, de droit fiscal, conformes aux principes des dissents ^{512 bis}.

Cette évolution ne peut que s'accroître. Les circonstances politiques et économiques où se trouvent les Etats-Unis rendent peu vraisemblable une révolte de la Cour suprême contre la législation interventionniste et quasi socialiste du président ROOSEVELT. Il existe des moyens d'y parer. Un renouvellement prochain des juges permettra au surplus au président de choisir des hommes dont la philosophie constitutionnelle sera proche de celle

^{511 bis}. Une évolution judiciaire récente apparaît dans le sens des dissents. BRISSENDEN, II, p. 448, *infra*, nos 42 et 45.

⁵¹². LAMBERT et BROWN indiquaient en 1923 que le gouvernement des juges avait atteint son apogée; cf. opinion du juge HUGHES, p. 233, en 1919; V. les études de C. G. HAINES II et III, sur les décisions constitutionnelles des Cours suprêmes d'Etats, et des Cours fédérales de District de 1930 à 1933.

^{512 bis}. V. nos 29 bis, 37, 38; nos 40, 42, 45; n° 65, 68, 78-80.

des opinions dissidentes. Il se peut même, si les réformes profondes récemment opérées demeurent, que la Cour suprême subisse une orientation toute nouvelle. Protectrice depuis la fin du XIX^e siècle de l'ordre capitaliste américain, elle deviendrait l'arbitre des relations entre les citoyens et les administrations. Elle jouerait alors un rôle comparable à celui du Conseil d'Etat.

CHAPITRE VI

VALEUR DU SYSTEME AMERICAIN

93. **Le gouvernement des juges. Inconvénients du système.** — Cette étude indirecte du système américain contribuera peut-être, nous l'espérons, à le fixer sous son aspect véritable⁵¹³. Elle a fait apparaître le caractère essentiel de corps gouvernant, de pouvoir directeur de la Cour suprême ; elle souligne les éléments complexes d'une théorie exacte de ses décisions : textes constitutionnels et leur méthode d'interprétation d'une part, personnalité du juge soumise à l'influence de son tempérament, de son milieu social, de ses amitiés politiques et de l'opinion publique créée par les forces économiques dominantes.

Il ne peut être question de traiter, même brièvement, ces deux problèmes, les plus importants du droit constitutionnel américain.

Si le premier a fait l'objet d'une analyse magistrale, celle du professeur HAINES⁵¹⁴, le second n'a pas encore été objectivement et scientifiquement exploré⁵¹⁵. Quelques biographies de grands juges y ont contribué⁵¹⁶. Mais les historiens, jusqu'à présent, n'ont pas donné au rôle *gouvernemental* de la Cour suprême l'importance

513. LAMBERT, *Le Gouvernement des Juges*; HAINES A; LERNER H.

514. *Addé* CORWIN A.

515. Pour les origines de la Constitution v. BEARD A, et l'interprétation purement économique de MYERS dans son « Histoire de la Cour suprême »; *addé* « Histoire constitutionnelle des Etats-Unis » de J. LAMBERT; BOUDIN, *Government by Judiciary* N. Y. Godwin 1932; c-r 27 *Ill. L. R.* 705 (1933), 32 *Col. L. R.* 1262 (1932).

516. V. Vie de MARSHALL par BEVERIDGE.

qu'il mérite dans l'histoire politique et sociale des Etats-Unis ; ils ont limité leurs descriptions et leurs explications détaillées aux forces traditionnelles, à l'exécutif, au législatif, au pouvoir électoral.

Il nous sera permis cependant de relever les inconvénients du système, que révèle l'examen des opinions dissidentes, au point de vue de la technique du droit constitutionnel, et d'apprécier sa valeur politique. Nous examinerons ensuite les réformes qui ont été proposées par les adversaires du régime.

94. I. Technique constitutionnelle. A) Action négative. — Le rôle de la Cour suprême ne peut être que fragmentaire. Son action dépend un peu du hasard des procès, de la possibilité ouverte aux citoyens d'engager les frais d'instances extrêmement coûteuses, même si elles se terminent par un succès. Il en résulte un déséquilibre certain et pas mal d'injustices ; certains intérêts peuvent obtenir une décision de la Cour, d'autres demeurent impuissants à agir. La Cour n'est généralement pas — sauf la pratique toute récente — informée par les parties au litige de tous les éléments de l'affaire. Elle juge sur ce qu'on lui soumet ; elle juge sur les plaidoiries d'avocats plus ou moins célèbres à qui elle prête plus ou moins facilement son attention.

En tout cas, cette action est essentiellement négative. Elle indique ce qui ne peut être et laisse à leurs difficultés l'administration et les législateurs.

Cette caractéristique particulièrement grave confère à la Cour une irresponsabilité dangereuse. Le président des Etats-Unis possède lui aussi un pouvoir de veto — d'ailleurs relatif — mais il lui est possible d'indiquer sa politique, de révéler ce qu'il désire substituer aux mesures qu'il n'approuve pas. La Cour suprême ne peut présenter de messages. Elle exprime certes une philosophie politique et économique assez bien définie ; elle n'a pas le souci d'appliquer sa philosophie aux difficultés de gouvernement. Cela tient à la forme sous laquelle elle exerce son pouvoir de contrôle ; ces limitations sont

inhérentes à sa structure de Cour de justice. Aussi des auteurs très favorables à l'attitude conservatrice prise généralement par la Cour la considèrent aujourd'hui comme un frein insuffisant ⁵¹⁷.

B) Incertitude du droit. — La fiction qui impose à la Cour de ne pas faire de politique, la coquetterie qu'elle met à ne pas trop démentir les apparences, son peu de goût pour exprimer à l'occasion d'un arrêt la ligne de conduite qu'elle entend suivre dans l'avenir aboutissent à cette incertitude, déjà signalée, du droit constitutionnel américain. L'inconvénient est sérieux dans un régime aussi complexe. L'intervention dominante de la personnalité des juges dans l'issue des contestations accroît encore cette incertitude.

La suprématie judiciaire conduit à ce résultat paradoxal de transformer une Constitution détaillée et précise, un Code constitutionnel, en une sorte de coutume vague, difficilement saisissable et toujours instable. Cette situation est une cause de trouble dans bien des cas pour les particuliers et les autorités publiques.

C) Déformation du travail législatif. — De plus le travail du législateur est profondément bouleversé par la situation prépondérante du juge. L'attitude éventuelle du pouvoir judiciaire à l'égard de la loi devient l'objet des débats. Les projets sont examinés principalement sous cet angle ; l'intérêt de la réforme, sa nécessité, les résultats heureux que l'on peut attendre d'elle passent au second plan. Les législateurs ne votent pas la réglementation la mieux adaptée au problème à résoudre, ils s'efforcent de masquer leurs véritables desseins, de déjouer le contrôle judiciaire par des dispositions nuisibles, peut-être, à l'économie générale d'une réforme, mais propre à égarer le juge ou destinées à susciter un préjugé favorable ⁵¹⁸.

517. BECK A., p. 247-48; adde BECK I., p. 499.

518. V. HAINES A., p. 427; FREUND E. S. S. V^o *Constitutional Law*, p. 249, « Le Congrès discute de ses pouvoirs presque entièrement sur la base des

95. D. Irrespect des lois. — Le système tend encore à diminuer le respect des citoyens pour la loi. D'une part, la possibilité d'attaquer devant le juge la validité des lois les plus essentielles contribue largement à leur donner une valeur toute relative. Elle donne naissance à une mentalité assez répandue aux Etats-Unis : on considère la loi comme un obstacle, ni définitif, ni absolu. Parmi les moyens de la tourner, d'en diminuer la portée, les voies judiciaires viennent au premier rang. La discussion des réformes, les pressions exercées par leurs adversaires ne cessent pas le jour où leur vote est acquis. L'agitation se poursuit dans les prétoires. La propagande contre la loi redouble même d'intensité.

D'autre part, le voile jeté sur le rôle politique de la Cour se déchire pour beaucoup, en particulier pour les partisans des réformes invalidées au nom de la Constitution. La persistance de minorités combatives, qui affirment solennellement que la Constitution n'a pas été violée, permet à certains de taxer d'hypocrisie la volonté exprimée par la Cour de n'annuler que dans les cas clairs et indiscutables. Un discrédit rejaillit sur ses décisions et mine inévitablement le respect des lois ⁵¹⁹.

E) Moralité politique. — Le caractère hybride du régime américain — action politique par des méthodes judiciaires — crée sa faiblesse au point de vue de la technique constitutionnelle. Il pose aussi une question de moralité qu'on ne peut passer sous silence. Il introduit, en effet, subrepticement, dans une organisation démocratique de l'Etat, un élément qui vient limiter la souveraineté populaire, un élément anti-démocratique incontestable.

Aux yeux du peuple, rien de tout cela n'apparaît. Le juge assure le gouvernement de la loi au-dessus du gou-

décisions judiciaires et est en danger de perdre le sens de sa responsabilité indépendante ». Sénateur LODGE; *Cong. Rec.* V, 61 (1921) part. I, p. 876; cf. la récente discussion du *National Recovery Act*, discours du Sénateur WAGNER 77 *Cong. Rec.* 5256 (1933).

519. HAINES A, p. 449, 457.

vernement des hommes. Ce n'est là, nous le savons, qu'un mythe, qu'une fiction. Cette fiction n'a été révélée à l'opinion publique que tout récemment. Ce mythe a permis au pouvoir judiciaire de paraître au-dessus de la mêlée, arbitre impartial et incorruptible. N'est-ce pas là une sorte d'abus de confiance, tout au moins un procédé de gouvernement guère adapté au niveau de civilisation du peuple américain.

La tutelle où l'on place les gouvernés est peut-être nécessaire, le camouflage est critiquable. Il convient mieux aux peuples décadents ou moins évolués. Il est vrai que le peuple américain semble avoir une attirance particulière pour les mythes. Ils épargnent la pensée et facilitent l'action. Le temps où resplendissait le mythe de l'égalité de chance (*equal opportunity*) et celui de la prospérité indéfinie n'est pas très éloigné. Le mythe de la Cour suprême, cour de justice, interprète objectif d'un texte sacré, inaccessible aux luttes politiques et économiques, a pu ainsi se maintenir longtemps intact. Encore aujourd'hui, il ne manque pas d'hommes politiques et de juristes qui refusent de comprendre le rôle exact de la Cour ^{519 bis}. Ils maintiennent que le pouvoir judiciaire résout un conflit de lois et assure le respect de la volonté du peuple, exprimée dans le texte suprême de la Constitution ⁵²⁰.

96. II. Rôle historique du gouvernement des juges.

Cette attitude a rendu difficile l'étude du système américain sous son aspect purement politique. Certains auteurs favorables, comme le professeur BURGESS, n'ont pas hésité cependant à reconnaître son caractère véritable : gouvernement non populaire, mais confié à l'aristocratie de la robe.

En termes voilés, le président TAFT exprimait l'esprit du régime : « ... Pour maintenir les droits de la mino-

^{519 bis}. HAINES A, p. 527.

⁵²⁰. V. les ouvrages de M. C. WARREN; cf. la résolution unanime de l'Association du Barreau Américain de 1924, citée par HAINES A, p. 498.

rité et de l'invidu et préserver notre équilibre constitutionnel, il nous faut des juges qui auront le courage de décider contre la majorité quand la justice et le droit l'exigeront ⁵²¹. »

Décider contre la volonté de la majorité, telle est bien la caractéristique essentielle de l'oligarchie. La forme seule est nouvelle, unique même : le pouvoir est exercé par une Cour de justice.

Le gouvernement des juges apparaît à l'époque contemporaine de l'histoire des Etats-Unis. Quelques arrêts symptomatiques permettent de fixer presque exactement la date : 1890. La conception est beaucoup plus lointaine ; elle remonte au grand juge MARSHALL ; il a exprimé la théorie et les mécanismes du système dans des arrêts souvent impuissants et longtemps stériles. ⁵²².

Le dernier quart du XIX^e siècle voit à la fois l'essor du capitalisme américain et les inquiétudes des capitalistes devant l'agitation populaire ⁵²³. C'est l'époque des premiers mouvements ouvriers ; le travail organisé devient une force politique. Les réformateurs sociaux font entendre aux masses les premières accusations contre le régime économique. Une immigration formidable introduit aux Etats-Unis une armée de travailleurs, en partie amorphe, déshéritée et illettrée, mais composée aussi de réfugiés persécutés pour leurs opinions politiques en Europe, meneurs capables d'entraîner leurs compagnons, souvent exploités et parqués dans les taudis des grandes villes. Grèves et boycotts aggravent les conflits du travail et menacent les fortunes acquises. Le parti du peuple se développe ⁵²⁴.

Une *grand peur* saisit les possédants ⁵²⁵. Ils demandent au pouvoir judiciaire la protection politique, que le législatif, trop soumis aux influences de la masse électorale,

⁵²¹. Message au Congrès, 15 août 1911.

⁵²². J. LAMBERT II, p. 48-49.

⁵²³. D. R. DEWEY A, ch. I, III, XVIII ; J. T. ADAMS A et B ; BOWERS A.

⁵²⁴. HENRY GEORGE, *Progress and Poverty* (1879) ; et un roman à tendances socialistes de E. BELLAMY : *Looking Backward* qui connut un grand succès.

⁵²⁵. LERNER I, p. 692 ; HOLMES A, p. 184, 295 ; V. J. LAMBERT A, préfacé.

semble leur refuser. La protection est occulte. Elle est facile à obtenir du personnel judiciaire choisi parmi les avocats qui donnent aux nécessités capitalistes leur expression juridique.

Ainsi fut contractée l'alliance du juge et du capitaliste sous les auspices des grands avocats du temps. La Cour suprême devient la gardienne de l'orthodoxie économique du régime capitaliste. Son individualisme purement philosophique se consolide en un libéralisme économique militant.

La suprématie judiciaire s'atténue, à certains moments, au point qu'un juge fédéral pouvait en 1919 annoncer sa fin ⁵²⁶.

C'était oublier le caractère politique du système, soumis malgré tout à diverses fluctuations. En 1921, le renouvellement de la Cour suprême va coïncider avec le triomphe récent des conservateurs. Les grands intérêts financiers et industriels subventionnent largement le parti républicain et le parti démocrate pour éviter toute surprise. HARDING, dont la présidence devait se révéler si fertile en scandales politiques et financiers, est élu sur ce mot d'ordre « retour à la normale », *normalcy* ⁵²⁷. Une période de réaction s'ouvre telle que M. HUGUES, modéré cependant, proteste solennellement dans un discours à l'Université d'Harvard. Sous la présidence de TAFT, la Cour suprême conquiert le premier rang dans l'Union. L'accord des décisions avec les nécessités capitalistes se révèle complet et va s'exprimer par une dictature renouvelée du pouvoir judiciaire, la plus intransigeante certainement, depuis l'existence du régime. Ses manifestations s'éclaircissent depuis 1932. On peut penser que la Cour suprême acceptera les réformes du président ROOSEVELT. Ainsi, depuis 1890, la suprématie judiciaire se sera seulement inclinée devant la prépondérance présidentielle.

Le système américain apparaît comme un compromis

526. HOUGH I, p. 233; HAINES A, p. 423.

527. WEST A; ADAMS B, A, p. 390.

entre un régime autocratique avoué et un régime démocratique véritable. Il fait échec à la souveraineté populaire, tout en prétendant respecter la volonté du peuple. Cette volonté est en quelque sorte protégée contre ses propres défaillances. Elle ne peut s'exprimer directement ; elle est fixée dans le texte de la Constitution ; elle emprunte l'intermédiaire forcé et déformant de l'oracle judiciaire⁵²⁸. On comprend que le système ait soulevé bien souvent les critiques et fait naître des projets de réformes⁵²⁹.

97. III. Quelques remèdes. — Différents moyens législatifs d'éliminer la tutelle des juges ont été proposés : suppression pure et simple du contrôle, révocation des juges et annulation des décisions judiciaires par voie de référendum, exigence d'une majorité spéciale en cas de déclaration d'inconstitutionnalité⁵³⁰.

La réforme la plus radicale serait évidemment d'abolir le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois.

En 1868, le Congrès évita ainsi que les lois de reconstruction fussent soumises à la Cour suprême. Plus récemment, le sénateur OWEN déposa un projet de loi interdisant aux juges fédéraux de déclarer inconstitutionnelles les lois du Congrès⁵³¹. Les programmes des partis politiques avancés comportent aussi la suppres-

528. V. l'opinion du Président COOLIDGE sur les réformes tendant à abolir le contrôle de la constitutionnalité des lois :

« Cela supprimerait le principe essentiel de notre constitution, qui considère le peuple comme souverain, et les gouvernants comme son agent, et aboutirait à rendre souverain le corps législatif et le peuple sujet », cité par HAINES A, p. 492. Cf. la déclaration du Sénateur LA FOLLETTE candidat du *Progressive Party* à la présidence des États-Unis : « Aussi longtemps, que les juges sont les auteurs absolus des lois et du droit constitutionnel, le gouvernement du peuple par le peuple devient une oligarchie judiciaire. »

529. HAINES A, ch. 27.

530. HAINES A, p. 490 et l'article cité de M. S. CUIP : *A Survey of the proposals to limit or deny the power of Judicial Review by the Supreme Court of the U. S.*, 4 *Indiana L. J.* 386, 487 (1929). Le prof. HAINES indique trois autres remèdes : élimination des décisions impopulaires par voie d'amendements, — on connaît les difficultés de cette procédure —, autolimitation et éducation des juges ; nous pouvons ajouter l'augmentation du nombre des juges : l'opération serait comparable à celle des fournées de pairs en Angleterre, ou encore la fixation d'une limite d'âge pour se débarrasser de certains juges.

531. 64^e Cong. 2^e session, p. 1068.

sion de la prérogative judiciaire. Mais cette réforme ne pourrait aboutir qu'au cas où la dictature judiciaire deviendrait intolérable et susciterait un mouvement profond de l'opinion publique. Rien ne permet d'envisager cette hypothèse.

La seconde mesure, moins radicale, a déjà été réalisée dans certains Etats ⁵³². Elle a pour effet de permettre la révocation (*recall*), par un vote populaire, des juges dont l'attitude politique est contraire à celle exprimée par le corps électoral en choisissant ses représentants directs : les législateurs. En général, elle s'applique à tous les administrateurs élus. Certains Etats en ont d'ailleurs excepté les juges.

La révocation des juges fédéraux a été quelquefois proposée. C'est surtout l'annulation des arrêts exprimant une politique contraire aux vœux des citoyens qui a fait l'objet de propositions ; ces projets ne furent pas loin d'être adoptés. Le président T. ROOSEVELT en était partisan.

Le parti réformiste avait inscrit la réforme dans son programme en 1912. Le sénateur R. M. LA FOLLETTE, candidat du *Progressive Party*, demandait que le Congrès pût, en votant à nouveau une loi invalidée par la Cour suprême, arrêter tous les effets de la décision.

Les arrêts de la Cour invalidant un acte législatif ont souvent été adoptés à une très faible majorité. Cinq juges affirment, après un examen attentif, qu'il n'existe pas le moindre doute d'inconstitutionnalité : quatre juges expriment ce doute. On a pensé remédier à cette situation véritablement paradoxale par l'exigence d'une majorité spéciale dans l'hypothèse de déclaration d'inconstitutionnalité.

Ces projets de réforme sont très anciens ⁵³³. Dès 1823, plusieurs résolutions dans ce sens étaient déposées devant le Congrès. Vers 1910, le mouvement reprend ; la dernière proposition, celle du sénateur BORAH (1923),

532. HAINES A, p. 482 ; ces Etats sont la Californie, l'Oregon, le Colorado, le Nevada, le Kansas et l'Arizona ; V. BIRD et RYAN A, GARNER I.

533. HAINES A, p. 469.

prévoit une majorité de sept membres de la Cour sur neuf⁵³⁴.

Il paraît certain que la mesure restituerait au législateur la souveraineté trop souvent usurpée par le juge. L'expérience des Etats qui ont adopté ce procédé le montre bien⁵³⁵. On l'a très vivement critiqué⁵³⁶. M. WARREN estime cette réforme impraticable, inacceptable pour l'opinion publique qui s'inclinerait difficilement, affirme-t-il, devant les décisions prises par la *minorité* de la Cour, et de plus inconstitutionnelles. Cette crainte n'est guère fondée. Il ne faut pas oublier qu'au moment où l'application de la loi fédérale se pose devant la Cour, elle a déjà reçu l'approbation du Sénat, de la Chambre des représentants et du président, ou, s'il s'agit d'une loi d'Etat, de la législature et du gouverneur, représentants directs de la souveraineté populaire. C'est plutôt quand la Cour, par une majorité infime de cinq juges sur neuf (hypothèse fréquente), invalide une loi qu'on pourrait craindre cette rébellion. Or, les décisions peuvent être combattues sans doute et critiquées ; elles sont généralement respectées, bien que la Cour n'ait aucune force armée à sa disposition pour les faire exécuter⁵³⁷.

Des mesures protectrices demeurerait inefficaces si on ne les complétaient pas par le choix éclairé des juges. Sinon, comme on l'a écrit plaisamment : « Plus on change législativement, plus les choses restent les mêmes judiciairement. » La nomination d'un juge à la Cour suprême est un problème complexe et délicat. Il est nécessaire que les considérations politiques y jouent leur part, non les préoccupations électorales⁵³⁸.

534. 68^e Cong. 2^e session S. B. p. 1197.

535. Etats du North Dakota (1918), de Nebraska (1922), d'Ohio (1912) exposant les résultats du système en Ohio : un commentateur le critique précisément parce qu'il rétablit indirectement la primauté du législatif : 24 *A. P. S. R.* 638 (1930) ; il ajoute que la dignité et l'honneur des juges se trouvent atteints.

536. C. WARREN B, ch. *Minority Decisions*.

537. On a exprimé la crainte (MC BAIN A, p. 263) de voir les juges ne pas tenir compte de la majorité spéciale exigée, en convenant de décider entre eux à la majorité simple, et d'exprimer ensuite le résultat conformément à la loi.

538. V. *infra*, n^o 3 ; HAINES A, p. 475, 478.

Ces mouvements de réforme, apaisés aujourd'hui, ne tarderaient pas à retrouver la faveur de l'opinion et des pouvoirs publics si la Cour suprême devait manifester son hostilité à la législation congressionnelle récemment adoptée, sous l'impulsion du président ROOSEVELT. La question de la constitutionnalité du *National Recovery Act* du 16 juin 1933 sera certainement posée devant la Cour suprême. Mais les juges éviteront sans doute un conflit inégal ⁵³⁹.

98. Supériorité de l'action gouvernementale directe, en particulier en France. — Ainsi, le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois présente dans le système américain classique de graves inconvénients au point de vue de la technique juridique. Construction logique, cohérente, équilibrée, en apparence, il exprime en réalité une doctrine constitutionnelle confuse, incertaine dans son principe comme dans son application, et une résistance empirique des privilégiés contre la masse ou, selon l'expression du juge BRANDEIS, de ceux qui possèdent contre ceux qui ne possèdent rien. Procédé de gouvernement hypocrite, il masque l'exercice d'un pouvoir politique véritable sous le couvert d'une sereine et objective application de la loi. Il rétablit indirectement une autorité irresponsable et occulte, ce qui paraît essentiellement contraire à l'esprit de la démocratie américaine. On s'étonnerait qu'il ait pu durer, si on oubliait cet autre trait du caractère américain, le respect des mythes

539. Texte in *Mont. L. R.* juillet 1933, p. 74; H. E. WAHREN BROCK I; FRANKFURTER V; CORWIN VI; BOUDIN I; S. M. CULP II; cependant H. HANDLER II considère que le N. I. R. A. ne pourrait être validé que par un changement d'attitude aussi révolutionnaire que la loi même; P. Y. ANDERSON; « *If the Supreme Court Objects* » « *The Nation* », 19 juillet 1933; un communiqué d'agence apprend que la Cour Suprême approuve le N. I. R. A. (*L'Information Financière* du 12 septembre 1933); il s'agit vraisemblablement d'une prévision de la presse américaine; il faut compter avec la lenteur des procédures judiciaires: la Cour sera peut-être appelée à statuer à un moment où le Plan Roosevelt appartiendra déjà au passé; si la Cour était saisie rapidement, l'élément prépondérant de sa décision serait sans doute le succès ou l'insuccès de l'expérience Roosevelt; V. D. HURCHINSON; « *The Final Verdict on Recovery* » *Forum*, sept. 1933, p. 141; J. CORBIN; « *New Deal and the Constitution* », *Forum*, août 1933, p. 92; J. BECK I, p. 498.

et en particulier du mythe judiciaire : « Le gouvernement du Droit au-dessus du gouvernement des Hommes. »

Le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois ne peut cependant servir efficacement l'idéal politique de ses partisans. Il assure à ceux qu'il protège une position défensive, temporaire et fragile. Mais il se révèle inférieur à la plupart des techniques qui permettent de neutraliser la volonté populaire : renforcement du pouvoir exécutif, assemblées législatives élues au suffrage restreint. Sa véritable force réside précisément dans l'ignorance réelle ou volontaire de son rôle politique.

On a longuement discuté en France, pour déterminer si nos tribunaux possédaient ce pouvoir de contrôle. La jurisprudence n'y est guère favorable. Des auteurs considérables ont admis l'affirmative. Dans l'état actuel du droit constitutionnel français, code de procédure plus que d'action gouvernementale, la discussion — c'est aujourd'hui l'opinion du doyen BERTHÉLÉMY — n'a pratiquement qu'une mince importance ⁵⁴⁰.

L'expérience du système américain devrait permettre de résoudre définitivement cette controverse théorique. Elle nous apprend que le contrôle de la constitutionnalité des lois n'appartient pas de droit et inévitablement au juge. Le juge n'obtient ce pouvoir qu'en le créant par une jurisprudence hardie, souvent contestée ; il le recherche dans un but politique ⁵⁴¹.

Ce but politique de l'action judiciaire, la tradition constitutionnelle française interdit à nos tribunaux de l'envisager. Le contrôle de la constitutionnalité des lois, quand il a été prévu, n'a jamais été confié aux juges, mais à une assemblée privilégiée ⁵⁴², choisie par le chef de l'Etat ou recrutée par cooptation. Il faudrait donc une disposition expresse de la Constitution de 1875 pour reconnaître un tel pouvoir aux tribunaux.

⁵⁴⁰. Préface à l'ouvrage de M. Galland, p. XIV; cf. DUEZ B, p. 236-243.

⁵⁴¹. V. cependant DUEZ B, p. 224-36.

⁵⁴². Constitution de l'an VIII, art. 21, 28, 37, 72; S. C. org. 28 flor. XII, art. 70, 74, 110; C. de 1852, art. 25, 26, 28; S. C. 14 mars 1867; cf. DUEZ, B, p. 242.

La Constitution n'a même pas élevé l'autorité judiciaire au rang de pouvoir constitutionnel. On a pu soutenir d'ailleurs que l'article 8 de la loi organique du 25 février 1875 consacre dans sa forme et sa substance la suprématie du Parlement et rend implicitement illégal le contrôle judiciaire ⁵⁴³.

Le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois, ni en droit et ni en fait, n'a place dans notre organisation politique. Convient-il de l'instaurer aujourd'hui et de lui permettre de fonctionner en complétant la Constitution d'une déclaration des droits fondamentaux des Français ?

Des hommes politiques ⁵⁴⁴, des auteurs éminents ⁵⁴⁵ se montrent partisans de la réforme. On vient de reprendre à la Chambre des députés une proposition de loi de 1907 qui tend à créer une Cour suprême de justice, chargée de connaître des atteintes aux droits de l'homme, tels qu'ils résultent de la Déclaration du 3 septembre 1790 ⁵⁴⁶.

543. CARRÉ DE MALBERG I; comparer DUEZ B, p. 234-35.

544. M. ORDINAIRE, vice président du Sénat; cf. rapport CORCOS au Comité Central de la Ligue des Droits de l'Homme, cahiers 1933, p. 311; le Prof. MIRKINE-GUERZÉVITCH exprime un avis contraire et renouvelle les critiques qu'il avait déjà formulées. V. « Les Constitutions des Nations américaines », X.

545. ALIBERT A, p. 335; et aussi M. LAMBERT in *Mélanges Hauriou*, p. 505 qui désièrerait voir triompher le point de vue des juges HOLMES et BRANDEIS, protection des libertés individuelles et non des libertés économiques.

546. Proposition de loi de MM. ENGERAND, PERNOT, CAUTRU, 15^e législature, session de 1933, n° 1657 (cf. proposition de MM. Charles Benoit, Lefas et L. Marin, 9^e législature, session de 1907, n° 931).

Les auteurs de la plus récente proposition ne semblent pas tenir compte de l'Histoire Constitutionnelle des États-Unis, ni de l'évolution constitutionnelle contemporaine. Ils confondent l'existence de *Déclarations des Droits* et celle du *Contrôle Judiciaire* (p. 8 à 10).

La création de la Cour suprême, et la détermination des droits fondamentaux des Français, par un *simple acte législatif*, ne leur paraissent soulever aucune difficulté. Quelle serait l'autorité de cette instance suprême, qu'une loi a créée et peut éliminer? Il suffirait d'ailleurs de soustraire au contrôle de la Cour chaque loi, dont on pourrait craindre l'abrogation, par clause qui deviendrait rapidement de style.

D'autre part, les auteurs nient le caractère *politique* du contrôle qu'ils envisagent (p. 6 : « La Cour suprême... n'est pas une assemblée politique »; p. 7 : « ... la Cour suprême sans faire la loi au Parlement ni empiéter sur ses prérogatives. » p. 12).

Nous avons noté que l'acceptation du *mythe* judiciaire par l'opinion française, paraît difficile. Le caractère nettement politique de la proposition transparaît dans l'exposé des motifs. Le Parlement n'exprime pas la volonté nationale (p. 3). Qu'exprimerait donc la Cour suprême? Il s'agit de limiter l'ab-

La plupart y voient une digue capable de briser les courants populaires qui menacent l'ordre économique individualiste. L'étude qui précède démontre la faiblesse de cet espoir. Le gouvernement des juges n'est une force que masqué, interprété comme un gouvernement du droit. Cette interprétation serait difficilement acceptée en France. A ce régime négatif, empirique et instable, la réforme directe du parlementarisme, la limitation des prérogatives parlementaires au profit d'un Conseil étroit ou d'un Exécutif fort semble préférable. Inscrit au lendemain de la guerre dans de nombreuses constitutions, le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois a eu bien peu l'occasion d'être exercé. Contraire aux principes d'un gouvernement démocratique, il est sans utilité de le prévoir dans une réforme antidémocratique de l'Etat.

En définitive, le gouvernement des juges apparaît comme un système constitutionnel et politique suranné.

solutisme du Parlement (p. 4, 6-7). On craint l'expression trop directe de la souveraineté populaire. Mais on ne s'effraie pas du despotisme judiciaire.

Quel serait le rôle des différents articles de la Déclaration des Droits? Certains sont purement explicatifs et on ne voit pas quelle loi pourrait les violer (art. 3, 4, 5, 12 à 16). Un certain nombre concernent les libertés individuelles (art. 6, 8 à 11) qu'ils protègent de façon absolue (art. 8 et 9) ou très relative (art. 10 et 11). Il semble bien que nos lois actuelles, dans leurs dispositions les plus restrictives, ne portent pas atteinte à ces prescriptions. Le nœud du système apparaît évidemment dans l'art. 17 (protection de la propriété) complété par les art. 1 et 2 (protection de la liberté en général). Qui oserait soutenir que l'interprétation de *la nécessité publique, légalement constatée* ne présente qu'un problème juridique et non politique (Cf. interprétation du *due process of law*).

Vu,
le Doyen,
Edgard ALLIX.

Vu, bon à imprimer :
Le Président de Thèse,
Gilbert GIDEL

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie de Paris,
S. CHARLETY

BIBLIOGRAPHIE

I. SOURCES OFFICIELLES

Recueils des Arrêts de la Cour Suprême Fédérale (U. S.).
United-States Reports... cases adjudged in the Supreme Court
Washington Government Printing Office
Collection des Statuts des Etats-Unis et des Etats particuliers
(Stat.).
Official Opinions of the Attorneys-General of the United States
Washington, Government Printing Office.
Congressional Record (C. R.).

II. SOURCES DOCTRINALES

A. Recueils de « cases » et Encyclopédies.

American Law Reports Annotated. The Lawyers Coop. Pub. C°,
Rochester N. Y.
Corpus Juris, édité par W. NACK et W. HALE, N. Y. Am. law
bk, 1914-28.
Encyclopedia of Social Science, édité par R. A. SELIGMANN.
HAYSBURY, *The Laws of England*, 1907-17 et supplément.
United-States Code Annotated West Pub. C°, St-Paul, Minn.
United-States Daily and Weekly Law Journal.

B. Ouvrages.

ADAMS (J. T.). — A. *The Epic of America*, Little Brown C°, 1931.
— B. *The March of Democracy*, Scribner's N. Y., 1933, 2 vol.
ALIBERT (R.). — A. *Le Contrôle Juridictionnel de l'Administration*,
Payot, 1926.
ALLEN (C.K.). — A. *Law in the Making*, Oxford, Clarendon Press,
1927.
— B. *Bureaucracy Triumphant*, Oxford, U. P., 1931.
ALLEN (F.). — A. *Only Yesterday*, Harper, 1931.
BALDWIN. — A. *The American Judiciary*, N. Y. Century, 1914.
BAUER (J.). — A. *Effective Regulation of Public Utilities*, N. Y.
MacMillan, 1925.
BEARD (C.A.). — A. *An Economic Interpretation of the Constitution*,
N. Y. MacMillan, 1925.
— B. *Reading in American Government and Politics*, N. Y.
MacMillan, 1913.

- C. *Contemporary American History, 1877-1913*, N. Y. Mac Millan.
- D. *America Faces the Future*, Boston, Houghton, 1932.
- BECK (J. W.). — A. *Our Wonderland of Bureaucracy*, N. Y. MacMillan, 1932.
- B. *La Constitution des Etats-Unis*, Paris, Colin, 1923.
- BENT (S.). — A. *Justice O. W. Holmes*, N. Y. Vanguard Press, 1932.
- BIRD (F. L.) et RYAN (F.M.). — A. *The Recall of Public Officers*, N. Y. The Macmillan, 1930.
- BLACK (H. C.). — A. *Construction and Interpretation of the Laws*, St-Paul, West Pub. Co, 1911.
- B. *The Law of Judicial Precedents*, St-Paul West Pub. Co, 1912.
- BOWERS (C. G.). — A. *Beveridge and the Progressive Era*, Houghton Mifflin Co, 1932.
- BRANDEIS (L. D.). — A. *Business. A Profession*, Boston Small Maynard and Co, 1925 (nouv. éd. 1933).
- B. *Other People's Money*, N. Y. Stokes, 1914.
- C. *The social and economics views of Mr. Justice* (Opinions judiciaires recueillies par Lief).
- BRYCE (J.). — A. *The American Commonwealth*, N. Y. Mac Millan Co, 1917-18.
- BURDICK (C. K.). — A. *The Law of The American Constitution* N. Y. and London Putnam, 1922.
- BURGESS. — A. *Political Science and Constitutional Law*, N. Y. 1913
- CARDOZO (B. N.). — A. *The Nature of the Judicial Process*, 1925, Yale U. Press.
- B. *The growth of the law*, 1924.
- C. *The Paradoxes of legal Science*, N. York, Columbia U. P., 1928.
- CARRÉ DE MALBERG. — A. *Contribution à la Théorie générale de l'Etat*, Paris, 1920-22.
- CHAFEE (Z.). — A. *The Inquiring Mind*, N. Y. Harcourt Brace and Co, 1928.
- B. *Freedom of the City*.
- CLARK (J.P.). — A. *Deportation of aliens from the U. S. A. to Europe*, N. Y. Columbia U., 1931.
- COMMONS and ANDREWS. — A. *Principles of Labor Legislation*, New York and London Harpers, 1920.
- COOLEY. — A. *Constitutional Limitations*, 8^e éd., Boston, 1927.
- COOLEY (R. W.) et al. — A. *Brief Making and the Use of Law Books*, West^o Pub. Co, St-Paul Minn., 1914.
- CORWIN (E. S.). — A. *The Doctrine of Judicial Review*, Princeton Univ., 1914.
- B. *Justice Marshall and the Constitution*, New Haven Yale U. P., 1921.
- C. *The Constitution and what it is to day*, Princeton, U. P., 1924.

- DAVIS. — A. *The Judicial veto*, 1914.
- DEWEY (D. R.). — A. *National problems*, 1885-1897.
— V. 24 *The American Nation : A. History*, éd. A. B. Hart).
- DEWEY (J.). — A. *Philosophy and Civilisation*, N. Y. Minton Balch and C^o, 1931.
— B. *Essays in experimental logie*, U. of Chicago, 1916.
- DUEZ (P.). — A. *La responsabilité de la Puissance publique*, Dalloz, 1927.
— B. *Le Contrôle Juridictionnel de la Constitutionnalité des lois en France*, V. Melanges Hauriou, p. 212.
- ELY (T.). — A. *Property and Contract in their relations to distribution of Wealth*, Macmillan, 1914.
- FLOURNOY AND HUDSON (N. O.). — A. *Nationality Laws*, Oxford University Press, N. Y. 1929.
- FRANK (J.). — A. *Law and the Modern Mind*, Brentano's N. Y., 1931.
- FRANKFURTER (F.). — A. *Justice Holmes, Contributions*, N. Y. Coward Mc Cann éd., 1930.
— B. *Justice Brandeis, Contributions*, New Haven Yale, U. Press, 1931.
- FRANKFURTER (F.) and GREENE. — A. *The Labor Injunction*. Mac Millan C^o, 1930.
- FRANKFURTER (F.) and LANDIS. — A. *The business of the Supreme Court*, N. Y. The Mac Millan C^o, 1927.
- FREUND (E.). — A. *The Police Power*, Chicago, 1904.
— B. *Standards of American Legislation*, Chicago, 1926.
— C. *Administrative Powers over Persons and Property*, Chicago, U. of Chic., 1928.
- GALLAND (H.). — A. *Le Contrôle judiciaire de la Constitutionnalité des lois aux Etats-Unis*, Thèse, Lyon, 1932.
- GIDEL (G.). — A. *Le régime Parlementaire*, cours de Doctorat, 1930-31.
— B. *La Protection Constitutionnelle des Libertés Politiques*, Cours de Doctorat, 1932-33.
- GLASSON (E.). — A. *Histoire du Droit et des Institutions de l'Angleterre*, Pédone, Paris, 1882.
— B. *Histoire du Droit et des Institutions de la France*, Paris, 1887-1903.
- GOLDENBERG (L.). — A. *Le Conseil d'Etat, juge du fait*. Thèse, Paris, 1932.
- GIAESER (M. G.). — A. *Outlines of Public Utility Economics*, N. Y. Mac Millan, 1927.
- GOODNOW (F. J.). — A. *Social Reform and the Constitution*, New York, The Mac Millan C^o, 1911.
- GRAY (J. C.). — A. *The nature and Sources of the Law*, N. Y., 1921
- HAINES (C. G.). — A. *The American Doctrine of Judicial Supremacy*, U. of Ca., Berkeley Ca., 1932.

- B. *Government of law not of Men*, U. of California, Los Angeles, 1929.
- HANKIN (G.) AND (Ch.). — A. *Progress of the law in the U. S. Supreme Court*, 1930-1931; Mac Milan C^o, 1932.
- B. *Progress of the Law in the U. S. Supreme Court*, 1929-1930.
- HAURIUO (*Mélanges*). — V. Duez Paul; E. Lambert. *Quatre années d'exercice du Contrôle de la Constitutionnalité des lois par la Cour Suprême des E. U.*, p. 469. Recueil Sirey, 1929.
- HART (A. B.). — A. *American History told by Contemporaries V*, IV, N. Y. Mac Millan, C^o 1929.
- HERSHEY. — A. *Die Kontrolle über die Gesetzgebung in den Vereinigten Staaten von America*, Heidelberg, 1894.
- HEWART (Lord). — A. *The New Despotism*, Benn, 1932.
- HOLDSWORTH (W. S.). — A. *Sources and Literature of English Law*, Oxford, U. Press, 1925.
- HOLMES (O. W.). — A. *Collected Legal Papers*, N. Y. Harcourt, 1920.
- B. *Edition des Commentaires de Kent*, Boston, 1873, 4 volumes.
- C. *The Common Law*, Boston Little, 1881.
- D. *The dissenting Opinions of Mr. Justice*, éditées par LIEF, M. Y. Vanguard Press, 1930.
- E. *Mr. Justice Holmes*, édité par Frankfurter, N. Y. , 1930.
- HOOVER (H.). — A. *Recent Social Trends in the U. S.* (Résultats d'une enquête faite par une Commission du Président), Mc Graw Hill Book C^o, N. Y. and Londres, 1933.
- Chap. XVI. *Labor Groups and the Social Structure*, par LEO WOLMAN et C. PECK.
- Chap. XXV. *The Growth of Governmental Functions*, par C. H. WOODY.
- Chap. XXVI. *Taxation and Public Finance*, par C. HEER
- Chap. XXVII. *Public Administration*, par L. D. WHITE.
- Chap. XXVIII. *Law and Legal Institutions*, par C. E. CLARK et W. O. DOUGLAS.
- HORWILL. — A. *The Usages of the American Constitution*, Oxford U. Press, Humphrey Milford, 1925.
- HUGHES (C. E.). — A. *Addresses*, 1906-16.
- B. *The Supreme Court of the U. S.*, N. Y. Columbia U. Press, 1928.
- JEZE (G.). — A. *Principes Généraux de Droit Administratif*, M. Giard, 3^e éd.
- B. *Les Contrats administratifs*, M. Giard, 1932.
- C. *Cour de Science des finances*, 1929-30.
- JOHNSON (A.) et ROBINSON. — A. *Reading in recent American Constitutional History*, New York, Chicago, C. Scribner's sons, 1927.
- JAMES (W.). — A. *Le pragmatisme*, Paris, E. Flammarion, 1925.
- KEESER. — A. *Public Control of Business*, 1930.

- LAIDLER (H. W.). — A. *Concentration of Power in American Industries*, Crowell Co, N. Y., 1931.
- LAMBERT (E.). — A. *Le gouvernement des Juges*, Paris, 1921.
— et BROWN. — A. *La lutte judiciaire du Capital et du Travail organisés aux E. U.*, M. Giard, Paris, 1932.
- LAMBERT (J.). — A. *Les Year Books de langue française*, Sirey, Paris, 1928.
— B. *Histoire Constitutionnelle de l'Union américaine*, Sirey, 1930.
- LANDON (J. S.). — A. *The Constitutional History and Government of the United States*, Boston and New York, Houghton, Mifflin and Co, 1917.
- LASKI (H. J.). — A. *Studies in Law and Politics*, New Haven, Yale U. Presse, 1932.
- LEBLANC. — A. Thèse, Paris, 1924.
- MAC BAIN (H. L.). — A. *The living Constitution*, New York, Mc Millan, 1927.
- LEVY ULMANN. — A. *Les sources du Droit anglais*, Cour de Doctorat, 1930-31.
- MATTERN (J.). — A. *Principles of the Constitutional Jurisprudence of the German National Republic*, Balto, Johns Hopkins Press, 1928.
- MIRKINE GUETZEVITCH (B.). — A. *Les Constitutions des Nations américaines*, Paris, 1932.
— B. *Les Nouvelles Tendances du Droit Constitutionnel*, Paris, 1931.
- MOORE (B. F.). — A. *The Supreme Court and Unconstitutional Legislation*, Columbia U., N. Y., 1913.
- MOORE. — *Pragmatism and his Critics*.
- MOTT. — A. *Due Process of Law*, Indianapolis, 1926.
- MUNRO (W. B.). — A. *The makers of the unwritten Constitution*, N. Y., 1930.
- MYERS (G.). — A. *History of the Supreme Court of the United States*, Kerr, 1918.
- POUND (R.). — A. *Sociological Jurisprudence*, 1905.
— B. *Introduction to the philosophy of Law*, New Haven, 1922, Yale U.
— C. *Interprétation of legal History*, Cambridge, 1923.
— D. *Law and Moral*, U. of M. Carol, 1926.
- RANSOM (W. L.). — A. *Majority rule and the judiciary*, New York, Scribner, 1912.
- RICHARDSON (D.). — A. *Constitutional Doctrines of Mr. Justice Holmes*, Baltimore, The Johns Hopkins Press, 1924.
- RIPLEY (W. Z.). — A. *Main Street and Wall Street*, 1927.
- ROGERS (L.). — A. *The American Senate*, Knop², 1926.
- SEIDMANN (I.). — A. *The Yellow Dog Contract*, Baltimore, (John's Hopkins), 1931.

- SOLYOM (G.). — A. *La juridiction constitutionnelle aux Etats-Unis*, Genève, 1923.
- TAFT (W. H.). — A. *Popular Government*, New Haven, Yale U. P., 1914.
— B. *The Anti-trust Act and the Supreme Court*, N. Y. Harper, 1914.
- THOMSON (C. D.). — A. *Confessions of the Power Trust*, N. Y., Dutton, 1932.
- TREVOUX (F.). — A. *Développement et réglementation de l'industrie électrique aux Etats Unis*, Thèse Lyon, 1932.
- WARREN (C.). — A. *The Supreme Court, in U. S. History*, Boston Little, 3 vol., 1927.
— B. *Congress, the Constitution and the Supreme Court*, Boston, Little Brown, 1923.
- WATERMAN (M. H.). — A. *Financial Policies of Public Utility Holding Companies*, University of Michigan, 1933.
- WEST (W. M.). — A. *History of the American Nation*, Ronald Press Co, N. Y., 1929.
- WELCH (F.). — A. *Cases on Public Utility Regulation*, Washington, Public Utility Reports, 1933.
- WHITEHEAD. — A. *Symbolism*, 1924.
- WILIAMSON. — A. *Problems in American Democracy*, Heath, 1925.
- WIGMORE. — A. *Problems of Law*, 1931.
- WILLOUGHBY (W. W.). — A. *The Constitutional law of the United States*, N. Y., Baker Voorheis, Baker, 1929, 3 vol.
- WYMAN. — A. *Public Service Corporation*, 2 vol., N. Y., Baker, Voorheis, 1921.
— B. *Cases on Public Companies*, 2^e ed., 1909.
- YOUNG (J. T.). — A. *The New American Government and its Work* New York, the Mc Millan Co, 1923.

C. Articles.

- AITCHISON (C. B.). — I. « Justice Holmes and Administrative Law. », *G. W. L. R.*, janv., 1933.
- ALBERTSWORTH (E. F.). — I. « Constitutional Casuistry », 27. *Ill. L. R.* 261, 1932.
- BAILEY (B.). — I. « Selected bibliography on coordination of State and Federal tax systems », *State Government*, mai 1933.
- BAKER (N. E.). — I. « Tax Delinquency — Legal Aspects », 28 *Ill. L. R.* 117, 1933.
- BAUER (J.). — I. « New York Survey of Public Utilities » 20 *Am. Ec. R.* 381, 1930.
— II. « Fair value for effective Rate control », 14 *Am. Ec. R.* 658, 1924.
— III. « Recent Decisions of the U. S. Supreme Court on valuation and rate making », 14 *Am. Ec. R.*, 257, 1924.

- IV. « Valuation of P. U. properties », 30 *Publ. Sc. R.*, 254, 275.
- BEALE (J. H.). — I. « The Progress of the law », 1923-1924. Taxation, 38, *H. L. R.*, 281, 1924.
- BEARD (C. A.). — I. « Dear Old Constitution », 160 *Harper's* 281, 1930.
- BECK (J. M.). — I. « The Future of the Constitution », 19 *A. B. A. J.*, 493, 1933.
- BERMAN (E.). — I. « The Supreme Court interprets the Railway Labor Act », 20 *Am. Ec. R.*, 618, 1930.
- BERTHELEMY (H.). — I. « Le contrôle judiciaire de la Constitutionnalité des lois », 1926, *C. R. de l'Acad. des Sc. M. et P.*, p. 51.
- BIKLE (H. W.). — I. « Judicial determination of Questions of facts affecting Constitutional validity of legislative action », 38, *H. L. R.* 6, 1923.
- II. « Mr Justice Brandeis and the Regulation of Railroads », 45 *H. L. R.*, 4.
- BINGHAM. — I. « What is the law », II *Mich. L. R.* 109, 1912.
- II. « Legal Philosophy and the law. » 9 *A. L. R.*, 1914.
- BONBRIGHT. — I. « The Problem of Judicial valuation », 27 *Col. L. R.*, 193, 1927.
- BONN (J.). — I. « La destinée du Capitalisme allemand », 27 *A. P. P.*, 304, 1932.
- BONNET (C. E.). — I. « The Yellow dog contract in its relation to Public Policy », *Tulane Law Rev.*, juin 1933.
- BOWEN (W. A.). — I. « Dissenting opinions », 17 *Green Bag* 690, 1905.
- BORCHARD (E. M.). — I. « The declaratory Judgement — A needed Procedural Reform », 28 *Y. L. J.*, 1, 105, 1918.
- II. « The Constitutionality of declaratory Judgements », 31 *Col. L. R.*, 561, 1931.
- BOUDIN (G.). — I. « Is Economic Planning Constitutional? » 21 *Georgetown L. J.*, 253, 1933.
- BOWMAN (O. M.). — I. « Due Process and Right of Counsel », *Oregon L. R.*, avril 1933.
- BRANDEIS (L. D.). — I. « The Constitution and Minimum Wage », 35 *Survey* 490, 1915.
- II. « Democracy in Palestine », 84 *Independent*, 311, 1915.
- BRISSENDEN (P. F.). — I. « Campaign against the Labor Injunction », 23 *Am. Ec. R.*, 42, 1933.
- II. « The Labor Injunction », 48 *P. Sc. Q.*, 413, 1933.
- BROWN (L.) and SCOTT (S. N.). — I. « Regulation of the contract Motor Carrier under the constitution », 44 *H. L. R.*, 530, 1931.
- BROWN (R. A.). — I. « The Dissenting Opinions of Mr. Justice Harlan », 46 *Am. L. R.* 321, 350, 52.
- II. « Due Process of law, Police Power and the Supreme Court », 40 *H. L. R.*, 943, 1927.

- III. « Police Power-Legislation for Health and Personal Safety », 42 *H. L. R.*, 866, 1928.
- IV. « Functions of Courts and Commissions in Public Utility Rate Regulations », 38 *H. L. R.*, 141.
- BRUCE (A. A.). — I. « The Oil Cases and the Public Interest » *A. B. A. J.* fév. 1933, p. 82; mars 33, p. 168.
- BUCHANAN (J. G.). — I. « The Ohio Valley Water Co Case and the Valuation of Railroads », 40 *H. L. R.*, 1933.
- BULLOCK (C. J.). — I. « Direct and Indirect Taxes in Economic literature. » 13 *Pol. Sc. Q.* 442, 9 *Y. L. J.* 439, 10 *Y. L. J.* 6, 144.
- CAREY (H.) et OLIPHANT (H.). — I. « The Present Status of the Hitchman Case », 29 *Col. L. R.*, 444, 1929.
- CARRE DE MALBERG. — I. « Le Contrôle de la Constitutionnalité des lois et la Constitution de 1875 », 1927, 132 *R. P. P.* 339.
- CARSON (H. I.). — I. « Great Dissenting Opinions », *Am. Bar. Association Reports*, 1894, p. 273.
- CHAFEE (Z.). — I. « The Progress of the Law », 1919-22, 35 *H. L. R.*, 673-674.
- II. « Liberal Trends in Supreme Court », 35 *Cur. His.*, 338, 1931.
- III. « Mc Justice Cardozo » *Harper's*, juin 1932, p. 34.
- IV. « The Supreme Court, rules that... », 37 *Cur. His.*, 295, 1932.
- CHAMBERLAIN. — I. « Regulation of P. U. Holding Companies », 17 *A. B. A. J.* 365, 1931.
- CLARK (C. E.). — I. « Eisner v. Macomber and Some income Tax Problems », 27 *Y. L. J.*, 735, 1920.
- II. « Case Study of a Liberal » *Saturday Review of literature*, 21 déc. 1929.
- COHEN (J. H.). — I. « Confiscatory Rates and Modern Finance », 39 *Y. L. J.*, 151, 1929.
- COHEN (J. H.) et DAYTON (K.). — I. « Federal Taxation of State activities and state taxation of federal activities », 34 *Y. L. J.* 807, 1925.
- COHEN (M. R.). — I. « Mr. Justice Holmes and the Nature of law » 31 *Col. L. R.* 352, 1931.
- II. « Philosophy and Legal Science », 32 *col. L. R.* 1103, 1932.
- CORWIN (E. S.). — I. « The Supreme Court and the 14th Amendment », VII *Mich. L. R.*, 643, 1908.
- II. « The doctrine of Due Process of law before the civil war », 24 *H. L. R.*, 366 et 460, 1910-11.
- III. The « High Law back ground of American constitutional law », 42 *H. L. R.*, 149, 1928.
- IV. « Social Planning and the Constitution. [— a study in perspective », 26 *Am. Pol. Sc. R.*, 1.
- V. « The Supreme Court's construction of the Self-Incriminating Clause », 39 *Mich. L. R.*, 1, 191.

- VI. « Congress' Power to prohibit Commerce — a crucial Constitutional Issue », 18 *Corn. L. Q.*, 477, 1933.
- CULP (M. S.). — I. « A Survey of the Proposals to limit or Deny the Power of Judicial review » 4, *Indiana L. J.* 386, 487, 1929.
- II. « Executive Power in Emergencies », 31 *Mich. L. R.*, 1066, 1933.
- CUSHMAN (R. E.). — I. « Constitutional law in 1928-29 », 24 *Am. Pol. Sc. R.*, 67, 1930.
- II. « Constitutional law in 1929-30 », 25 *Am. Pol. Sc. R.* 73, 1931.
- III. « Constitutional law in 1930-31 », 26 *Am. Pol. Sc. R.*, 256, 1932.
- IV. « Constitutional law in 1931-32 », 27 *Am. Pol. Sc. R.*, 1933.
- DODD (W. F.). — I. « Extra-Constitutional Limitations upon legislative power », 40 *Y. L. J.*, 1188.
- DICKINSON. — I. *Crowell v. Benson* : Judicial Review of Administrative Determinations of questions of « Constitutional Facts », 1932, 80 *U. of Pa. L. R.* 1055.
- DRAKE (J. H.). — « Sociological Interpretation of Law », 16 *Mich. L. R.* 599.
- DUGUIT (L.). — I. « La fonction juridictionnelle », 39 *R. D. P.* 167, 1922.
- ELLINGWOOD (A. R.). — I. « The constitutionality of Declaratory Judgments », 28 *Ill. L. R.*, 74, 1933.
- FAIRLIE (J. A.). — I. « Congress and the National Administration » 26 *Mich. L. R.*, 237, 1928.
- FINKELSTEIN (M.). — I. « From *Munn v. Illinois* to *Tyson v. Banton* », 27 *Col. L. R.*, 769, 1927.
- II. « Judicial Self-limitation », 37 *H. L. R.*, 338, 1924.
- FRANK (J.). — I. « Are Judges human ? », 80 *U. of Pa. L. R.*, nov.-déc. 1931.
- FRANKFURTER AND LANDIS. — I. « The Compact clause of the Constitution. A Study in interstate adjustments », 34 *Y. L. J.*, 685, 1925.
- FRANKFURTER AND A. GREENE. — I. « Congressional Power [over the Labor Injunction] », 31 *Col. L. R.* 385, 1931.
- FRANKFURTER (F.). — I. « Mr. Justice Holmes and the Constitution », 41 *H. L. R.*, 121, 1928.
- II. « The Supreme Court and the Public » *Forum*, juin 1930, p. 329.
- III. « The early writings of Mr. Justice Holmes », 44 *H. L. R.*, 1931.
- IV. « Mr. Justice Brandeis and the Constitution », 45 *H. L. R.*, 93, 1932.
- V. « The Business of the Supreme Court at October Term », 1929, 44 *H. L. R.*, 33; 1930, 45 *H. L. R.*, 271, 1931; 1931, 46 *H. L. R.*, 226, 1932.

- VI. « Social Issues before [the Supreme Court] » *Yale Review* Spring, p. 476, 1933.
- GALLOWAY (G. B.). — I. « The Consequences of the Myers Decision », 1927, *Am. L. R.*, p. 481.
- GARNER (J. W.). — I. « La Révocation des Agents publics par le peuple aux Etats-Unis », 37 *R. D. P.*, 507, 1920.
- GEORGE (J. S.). — I. « Regulation of Interstate Motor Carriers » 67 *U. S. L. R.*, 293, 1933.
- GLUECK (S.). — I. « The Social Sciences and Scientific Method in the administration of justice », 167, *Annals* 106, 1933.
- GUTHRIE (W. D.). — I. « La protection judiciaire de la liberté scolaire », *Correspondant*, 10 oct. 1924.
- GRANT. — I. « The Natural Background of Due Process » 31 *Col. L. R.*, 56, 1931.
- HAINES (CH. GROVE). — I. « The Theory and Practice of Judicial Review », 24 *Am. Pol. Sc. R.*, 583, 1930.
- II. « State Constitutional Law in 1931-32 », *Am. Pol. Sc. R.*, août 1932, p. 661.
- III. « State Constitutional Law in 1932-33 », *Am. Pol. Sc. R.*, août 1933 p. 577.
- HALE (R. L.). — I. 38 *Pol. Sc. Qn.* 170, 1923.
- HALL (F. P.). — I. « Certificates of convenience and necessity » 28 *Mich. L. R.*, 107, 276.
- HALE (R. S.). — I. « Physical Valuation of Public Utilities » 45 *Engineering Mag.*, 161.
- HAMILTON (W. H.). — I. « Judicial Tolerance of Farmer's coöperatives », 28 *Y. L. J.*, 936, 1929.
- II. « Affection With Public Interest », 39 *Y. L. J.*, 1089, 1930.
- III. « The jurist's Art », *Col. L. R.*, 1073, 1931.
- IV. « Holmes and Brandeis dissenting », *Cu. His.*, fév. 1931, p. 654.
- V. « Property-according to Locke », 41, *Y. L. J.*, 864, 1932.
- HANDLER. — I. « Industrial Mergers and the Anti-Trust Laws », 32 *Col. L. R.*, 179, 1932.
- II. « The National Industrial Recovery Act. », 19 *A. B. A. J.*, 440, août 1933.
- HANNA (J.). — I. « Currency control and Private Property », 33 *Col. L. R.*, 617, 1933.
- HAZARD (H. B.). — I. « Attachment to the Principles of the Constitution as Judicially construed in certain naturalisation Cases in U. S. A. », 23 *Am. J. of I. L.*, 789, 1929.
- HARNO (A. J.). — I. « Social Planning and Perspective through law », *A. B. A. J.*, avril 1933, p. 201, 204.
- HARPER (F. V.). — I. « Natural law in American Constitutional theories », 26 *Mich. L. R.*, 62, 1928.
- HANNER (W. F.). — I. « A suggested modification of Stare de cisis », *Ill. L. R.*, juin 1933.

- II. « Due Process of Law in State Labor Legislation », 26 *Mich. L. R.*, 599, 1928-29.
- III. « Forms of law and Legal Content », 22 *Ill. L. R.*, 259, 1927.
- HAZLITT (H.). — I. « Our Obsolete Constitution », 132 *Nation* 124, 1931.
- HENDERSON (G. C.). — I. « Statistical activities of Trade Associations » *Am. Ec. R.*, mars 1926, sup. p. 219.
- HERWITZ AND MULLIGAN (W. G.). — I. « The legislative investigating Committee », 33 *Col. L. R.*, 4, 1933.
- HOFFMAN (C.). — « Taxation — Exemption of Government instrumentalities », *Cornell L. Q.*, Déc. 1932.
- HOLMES (Dr O. W.). — I. « My hunt after the Captain », 159 *Atlantic* 519, 1932.
- HOLMES (O. W.). — I. « Numéro consacré au juge » *H. L. R.*, 1931 avril, *Y. L. J.*, mars 1931.
- HOUGH. — I. « Due Process of law — To Day » 32 *H. L. R.* 218, 1919.
- HOWARD (P.). — I. « The Supreme Court and State Action Challenged under the 14th Amendment », *Penna L. R.* mars 1933.
- HYNEMAN (C. B.). — I. « Public Encouragement of Monopoly in the Utility Industries », *Annals* janv. 1930, p. 160.
- IRETON (R. E.). — I. « Due Process in Criminal Trials », 67 *U. S. Law Review*, 83.
- ISAACS (E.). — I. « The subject and measure of Taxation » 26 *Col. L. R.* 939.
- JAFFE (L. C.) AND TOBRINER (M. O.). — I. « The Legality of Price fixing agreements » 45 *H. L. R.* 1166, 1932.
- JENNINGS (E. L.) AND SULLIVAN (R. C.). — I. « Legal Planning for agriculture », 42 *Y. L. J.* 878, 1933.
- JENNINGS (E. L.). — I. « The Police Power as the Source of Public Utility Legislation » 1930, 3 *Dak. L. R.*, 91.
- JENNINGS. — I. « Pacifism and Citizenship » mars 1932, *Juridical Review of Edinburgh*.
- JEZE (G.). — I. « Le Contrôle juridictionnel des Lois », 41 *R. D. P.* 399, 1927.
- JOHNSON (F. A.). — I. « Constitutional Limitations and the Gold Standard », *U. S. L. R.*, mai, 1933.
- KEESER. — I. « Some Questions involved in the Public Interest Doctrine », 25 *Mich. L. R.*, 596, 1927.
- KENT (A. H.). — I. « Ernest Freund (1864-1932) Jurist and social Scientist », 41 *J. of P. F.* 145, 1933.
- LAMBERT (J.). — I. « Marbury V. Madison », 48 *R. D. P.*, p. 5, 1931.
- II. « Les origines du contrôle de la constitutionnalité des lois d'Etat par la Judicature Fédérale aux Etats Unis » 50 *R. D. P.*, p. 5, 1933.

- LARNAUDE (F.). — I. « L'inconstitutionnalité des lois et le Droit Public Français », 1925, 125 *R. P. P.*
- LASKI (H. D.). — I. « Mr. Justice Holmes » 60 *Harper's* 415, 1930, *Note New Republic*, 24 août 1932.
— II. « The Political Philosophy of Mr. Justice Holmes », 40 *Y. L. J.*, 683.
- LERNER (M.). — I. « The social thought of Mr. Justice Brandeis », 41 *Yale L. J.* 1, 1931.
— II. « The Supreme Court and American Capitalism », 42 *Y. L. J.* 668, 1933.
- LILIENTHAL (D. E.). — I. « Regulation of Public Utilities during the Depression », 46 *H. L. R.*, 745, 1933.
— II. « The Regulation of Public Utility Holding Companies », 29 *Col. L. R.*, 404, 1929.
- LILIENTHAL (D. E.) AND ROSENBAUM (I. S.) — I. « Motor Carrier Regulation by certificates of necessity and convenience », 36 *Y. L. J.* 163, 1926.
— II. « Motor Carrier Regulation : Federal, State and Municipal », 26 *Cal. L. R.*, 1926.
— III. « Motor Carrier Regulation in Illinois », 22 *Ill. L. R.*, 46, 1927.
- LINDSAY (S. M.). — I. « Social and Labor Legislation (en 1929) », 35 *A. J. of Socio.*, 958, 1930.
— II. « Social and Labor Legislation (en 1930) », 36 *A. J. of Socio.*, 949, 1931.
- LOWNDES (C. L. B.). — I. « Bases of jurisdiction in state Taxation of Inheritances and property », 29 *Mich. L. R.*, 850, 1931.
— II. « The passing of situs — jurisdiction to tax shares of corporate Stock », 45 *H. L. R.*, 777, 1932.
— III. « Taxing the Income of the Federal Judiciary », *Va. L. R.*, déc. 1932.
- LUCAS (A. F.). — I. « Recommendatory minimum wage law », 14 *Am. Ec. R.*, 39, 1924.
- MC ALLISTER (A.). — I. « Business affected with a Public Interest », 43 *H. L. R.*, mars 1930, p. 759.
- MC CURDY (W. G.). — I. « Public Utility Rates [in the absence of Statutes] », 38 *H. L. R.*, 202.
- MC KEE (O.). — I. « Liberal Supreme Court », 159, *Outlook* 171, 1931.
- MACHEN (A. W.). — I. « The Elasticity of the Constitution », 14 *H. L. R.*, 983, 1933.
- MACHEN (A. W.). — I. « The Elasticity of the Constitution », 14 *H. L. R.* 273.
- MC QUAIN (G. W.). — I. « Judicial Review of Administrative determinations and the separation of Power », *W. Va. L. Q.*, juin 1933.
- MAGILL (R.). — I. « When is income Realised? » 46 *H. L. R.* 983, 933,

- MANLEY (H. S.). — I. « Constitutionality of regulating Milk as a Public Utility », *Cornell L. Q.*, avril 1933.
- MARSHALL (J. H.) AND MYERS (N.). — I. « Legal Planning of Petroleum Production », 41 *Y. L. J.*, 33, 1931.
— II. « Legal Planning of Petroleum Production : two years of proration », 41 *Y. L. J.*, 702, 1933.
- MASON (D. R.). — I. « Jurisdiction for the purpose of imposing inheritance taxes », 29 *Mich L. R.*, 342.
- MASON (A. I.). — I. « Mr. Justice Brandeis : Exponent of social intelligence », 25 *Am. Pol. Sc. R.*, 965.
- MENCKEN. — I. 20 *American Mercury*, 122, 1930.
— II. « Great Holmes' Mystery. » *American Mercury*, mai 1932.
- MIRKINE GUETZEVITCH (B.). — I. « Une révision Constitutionnelle » *R. P. P.*, 10 mai 1933, p. 337.
- MOSCHISKER. — I. « Stare Decisis in Courts of last Resorts », 1924, 37 *H. L. R.*, 408.
- MOTT (R. L.) et ALIAS. — I. « Judicial Personnel », 167 *Annals* 143, 1933.
- NELBOSINE (G.). — I. « The gold Clause in Private Contracts », 42 *Y. L. J.*, 1051, 1933.
- NESBITT (J. L.). — I. « Due Process of Law and Opinion », 26 *Col. L. R.*, 23, 1927.
- NOSSAMAN. — I. « The 14 th. Amendment in its relation to State Taxation », 1930, 18 *Calif. L. R.*, 345.
- OLIPHANT (H.). — I. « Trade Associations and the Law », 26 *Col. L. R.*, 381, 1926.
- OWSLEY. — I. « Operation of a Public Utility after Expiration of the Franchise », 65 *U. S. L. R.*, 258, 1931.
- PATTERSON (W.). — I. « La Philosophie du droit aux E. U. » 1930, *R. T. de D. C.* 973.
— II. « Mr. Justice Brandeis — Seventy five years old » *Nation*, 11 nov. 1931.
- PERKINS (F.) and WOLMAN. — I. « Do we need minimum wage laws », *Forum*, mai 1933.
- PIPKIN (C. W.). — I. « Labor and social Legislation (en 1931) », 37 *A. J. of Socio.* 910, 1932.
- PODEL (A. J.). — I. « Chain Store taxation », *Marquette L. R.* juin 1933.
- POLLARD. — I. « Justice Brandeis and the Constitution », *Scribner's* janv. 1930.
— II. « Our Supreme Court goes liberal », *Forum*, oct. 1931, p. 193.
— III. « Judge Cardozo — Philosopher of Law », *Forum*, janv. 1932.
- POLLOCK (F.). — I. « Ad Multos Annos », 31 *Col. L. R.*, 349, 1931.
- POOLE. — I. « Mr Justice Brandeis », 71 *Am. Magazine*, 481.

- POST (R. L.) & WILLARD (C. H.). — I. « The power of Congress to nullify gold clauses », 46 *H. L. R.*, 1225.
- POTTER (W. W.). — I. « Judicial Power in U. S. », 27 *Mich. L. R.*, 1, 167, 285, 1928.
- POUND (R.). — I. « Liberty of Contract », 18 *Y. L. J.*, 454, 1908-09.
— II. « Scope and Purpose of sociological Jurisprudence », 1911, 24 *H. L. R.*, 591; 25 *H. L. R.*, 140, 189.
— III. « Theory of Judicial decision », 26 *H. L. R.*, 641, 1923.
- POWEL (T. R.). — I. « The logic and Rhetoric of Constitutional law » 15 *Journal of Philo-Psycho, and Sc. method*, 1918.
— II. « Commerce, Congress and the Supreme Court 1922-25 », 26 *Col. L. R.* 396 et 521.
— III. « The Supreme Court and the Adamson law » 65, *U. of Pa. L. R.* 607.
— IV. « State Utilities and the Supreme Court, 1922-30 », 21 *Mich. L. R.* 273.
— V. « 21 *Mich. L. R.*, 307 »
— VI. 29 *Mich. L. R.*, 811.
— VII. « Collective Bargaining before the Supreme Court », 33 *Pol. Sc. Qu.*, 397, 1918.
— VIII. « The Supreme Court Control over the issue of injunction in Labor disputes », 13 *Proceedings of the Ac. of Pol. Sc.*, 37, 1930.
— IX. « The Myers Case » *New Republic* » 17, nov. 1926, p. 369.
— X. « An Imaginary Judicial Opinion », 44. *H. L. R.*, 889, 1931.
— XI. « Indirect Encroachment on Federal Authority by the Taxing Powers of the States », 31 *H. L. R.*, 321, 572, 721, 932; 32 *H. L. R.*, 234, 374, 634, 902.
— XII. « Due Process Tests of State Taxation » 1926, 74 *U. of Pa. L. R.*, 423, 573.
- PROSKAUER (J. M.). — I. « Dissenting Opinions », 160 *Harpers* 549, 1930.
- RADIN (M.). — I. « Statutory Interpretation », 43 *H. L. R.*, 890, 1930.
— II. « Legal Realism », 31 *Col. L. R.*, 824, 1931.
- RIBICOFF (A. A.). — I. « The Constitutionality of the Declaratory Judgment », *Chicago L. R.*, mai 1933.
- RICHBERG (D. R.). — I. « Value — By Judicial Fiat », 40 *H. L. R.*, 567, 1927.
— II. « The Industrial Liberalism of Mr. J. Brandeis », 31 *Col. L. R.*, 1094, 1931.
- ROBINSON (G. H.). — I. « The Public Utility Concept in American Law », 41 *H. L. R.*, 277, 288, 1928.
- ROTTSCHAEFER (H.). — I. « State Jurisdiction of Income for Tax purposes », 44 *H. L. R.*, 1075, 1931.

- II. « The Power of the States to tax Intangibles », 15 *Minn. L. R.*, 741, 1931.
- III. « State jurisdiction to tax », 42 *Y. L. J.*, 305, 1933.
- SEAGLE (W.). — I. « Our Cast iron Constitution », *Nation* p. 141, 17 août 1932.
- SAYRE (F. B.). — I. « Labor and the Courts », 39 *Y. L. J.*, 682, 1930.
- SCHMIDT (E. P.). — I. « The changing economics of the Supreme Court », 60 *The Annals* 61, 1930.
- SCOTT. — I. « Judicial Logic as Applied in Delimiting the Concept of Business Affected with a Public Interest », 1930, 19 *Ky L. J.*, 16.
- SELIGMANN (R. A.). — I. « The Fiscal Outlook » 48 *Pol. Sc. Q.*, 10, 1933.
- SHARFMANN (I. L.). — I. « The Trade Association movement », *Am. Ec. R.*, mars 1926, suppl. p. 203.
- SHARP (M. P.). — I. « Movement in Supreme Court adjudication A study of modified and overruled decisions », 46 *H. L. R.* 361, 593, 795, 1933.
- SHARTEL (B.). — I. « Stare decisis a practical view », *Journ. of Am. Jud. Soc.*, juin 1933.
- SHATZKI (B.). — I. « Les décisions des Tribunaux Américains », *Clunet*, 1933, p. 52, 317, 538.
- SHULMAN. — I. « The Supreme Court attitude toward liberty of contract and freedom of speech », 41 *Yale L. J.* 262, 1931.
- SIMPSON (H. D.). — I. « Tax Delinquency — Economic Aspects », 28, *Ill. L. R.*, 147.
- SMITH. — I. « Hepburn v. Grismold », 34 *American Historical Review* 531, 1929.
- SOLLIER (C. S.). — I. « Franchise contracts and Utility Regulation », *G. W. L. R.*, janv 1933.
- STOCKING (G. W.). — I. « Stabilisation of the Oil industry : Its Economic and legal Aspects », 23 *Am. Ec. R.*, mars 1933, supplément p. 55.
- STUART (C. E.). — I. « Coal hurdles the Anti Trust Laws », *Rev. of Revs*, déc. 1932.
- TOLLEFSON (A. F.). — I. « Administrative Finality », 29 *Mich. L. R.* 839.
- TUGWELL (R. G.). — I. « The Principle of Planning and the Institution of laissez faire », 22 *Am. Ec. R.*, supplément, p. 75, 1932.
- WAHRENBROCK (H. E.). — I. « Federal Anti-trust Law and the National Industrial Recovery Act », 31 *Mich. L. R.*, 1009, 1933.
- WALLACE. — I. « Nullification a Process of Government », *Pol. Sc. Qu.* sept. 1930.
- WILLHOFT (W. O.). — I. « Certificates of convenience an necessity in Michigan », 10 *Mich. St. Bar J.*, 256.
- WIEL (S. C.). — I. « Administrative Finality », 38 *H. L. R.*, 447.
- WITTE (E. F.). — I. « Labor's Resort to Injunctions », 39 *Y. L. J.*, 374, 1930.

- WOLF. — I. « Supreme Court in new phase », 34 *Cur. His.* 590, 1931.
 YNTEMA (H. E.). — I. « The Rational Basis of legal Science », 31 *Col. L. R.* 925, 1931.
 X — I. « The Supreme Court moves to the left », 13 *world to morrow*, 411, 1930.
 — II. « Judge Parker misses pinnacle », *Literary Digest*, 17 mai 1930.
 — III. « The Martyrdom of Mr Justice Brandeis », 132 *Nation* 156, 1931.
 — IV. « The Supreme Court Victory », *Nation*, 21 mai 1930, p. 598.
 — V. « Arms and the Woman », 152 *Outlook* 250. 1929.
 — VI. « Supreme Court violates Constitution », *Christian Century*, 17 juin 1931, 20 janv. 1932.
 — VII. « Dissent (Missouri v. Gehner) », *New Republic*, 11 juin 1930, p. 83.
 — VIII. « Supreme Court », *Review of Reviews*, juin 1930, p. 17 à 20.

D. Thèses en préparation dans les Universités américaines¹.

- DE NICKE. — *Law and Fact as Determinant of Administrative Decisions* (Université de Harvard).
 HAINES (Ch. E.). — *The Supreme Court and the Anti-Trust Acts* (Harvard).
 HARPER (W. L.). — *The Constitutional Doctrines of Mr. Justice Brewer* (Columbia).
 HARRIS (R. J.). — *Judicial Power of the United States* (Princeton).
 LISANSKI (N. B.). — *The Fourth Amendment* (John's Hopkins).
 MCLAREN (V.). — *The Doctrine of Public Interest* (Northwestern).
 SACHS (L.). — *Stare Decisis and the United-States Supreme Court* (Johns Hopkins).
 TRIMBLE (B. R.). — *The Life and Constitutional Doctrines of Chief Justice Waite* (Cornell).

Nota. — Les noms d'auteurs cités dans le corps de l'ouvrage se réfèrent, s'ils sont suivis d'une *lettre* à la partie II-B, s'ils sont suivis d'un *chiffre* à la partie II-C de la bibliographie.

1. *Am. Pol. Sc. R.* oct. 1933.

TABLE DES ABRÉVIATIONS

<i>A. B. A. J.</i>	American Bar Association Journal
<i>Am. Ec. R.</i>	American Economic Review
<i>Am. J. of I. L.</i>	American Journal of International Law
<i>Am. J. of S.</i>	American Journal of sociology
<i>Am. Lab. Leg. R.</i>	American Labor Legislation Review
<i>Am. Pol. Sc. R.</i>	American Political Science Review
<i>Annals</i>	The Annals of the American Political Science Association.
<i>Ca. L. R.</i>	California Law Review
<i>Corn. L. Q.</i>	Cornell Law Quarterly
<i>Col. L. R.</i>	Columbia Law Review
<i>Cur. His.</i>	Current History
<i>G. W. L. R.</i>	Georges Washington Law Review
<i>H. L. R.</i>	Harvard Law Review
<i>Ill. L. R.</i>	Illinois Law Review
<i>Kcky. L. R.</i>	Kentucky Law Review
<i>Mich. L. R.</i>	Michigan Law Review
<i>Minn. L. R.</i>	Minnesota Law Review
<i>Mont. L. R.</i>	Monthly Labor Review
<i>Pol. Sc. Q.</i>	Political Science Quarterly
<i>U. of P. L. R.</i>	University of Pennsylvania Law Review
<i>U. S. L. R.</i>	United States Law Review
<i>Va. L. R.</i>	Virginia Law Review
<i>Yale. L. J.</i>	Yale Law Journal
<i>R. D. P.</i>	Revue de Droit Public
<i>R. P. P.</i>	Revue Politique et Parlementaire.

TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

I. PLACE DU DROIT CONSTITUTIONNEL AMERICAIN DANS LA VIE POLITIQUE, SOCIALE ET ECONOMIQUE DES ETATS-UNIS.

1. - Le contrôle judiciaire	1
2. - Sa portée politique et sociale	3
3. - Le Juge de la Cour Suprême	6
4. - Rôle temporisateur de la Cour	9

II. METHODES D'INTERPRÉTATION DES TEXTES CONSTITUTIONNELS

5. - Le Mythe judiciaire	11
6. --- Les textes constitutionnels	12
7. - Le problème de l'interprétation	14
8. - L'interprétation moderne	15
9. --- La méthode dialectique.	16
10. --- La méthode sociologique ou réaliste	17
11. --- Respect du pouvoir législatif.	18
12. --- Plasticité de la Constitution	21
13. --- Doctrine du <i>Stare decisis</i>	23
14. --- Enquête sur les faits sociaux	26
15. -- Conséquences du conflit de méthodes : incertitudes du droit, orientation nouvelle possible	27

III. INTÉRÊT ET PORTÉE DES OPINIONS DISSIDENTES

16. - Les courants différents de « <i>dissents</i> »	31
17. - Origine des Dissents	32
18. --- La pratique de la Cour Suprême	34
19. - Valeur des dissents	36
20. --- Les <i>dissenters</i> ; HOLMES et BRANDEIS	38
21. --- Plan général	42

CHAPITRE PREMIER

LE PRINCIPE DE LA SEPARATION DES POUVOIRS

22. - Sa portée	45
23. --- Pouvoir de Révocation du Président des Etats Unis	46
24. - Protection des Prérogatives judiciaires	51
25. - Valeur théorique de l'interprétation de la Cour	55

CHAPITRE II

LES LIBERTÉS INDIVIDUELLES

26. —	Importance du contrôle judiciaire. Divisions du Chapitre	57
-------	--	----

Section I. — La Liberté de pensée

§ 1. *Liberté de parole et de la presse*A) *Législation fédérale*

27. —	Interprétation de la loi de 1917 sur l'Espionnage	59
-------	---	----

28. —	Les amendements de 1918. Définition de la liberté d'opinion par O. W. HOLMES.	65
-------	--	----

B) *Législation locale*

29. —	Insuffisance du contrôle de la Cour Suprême	67
-------	---	----

29 bis. —	Influence des <i>dissents</i>	71
-----------	---	----

C) *Ordres du juge*

30. —	Pouvoir de <i>contempt</i> et liberté d'opinion	72
-------	---	----

§ 2. *La Liberté de l'Enseignement*

31. —	La liberté de l'Enseignement et les préjugés de race	73
-------	--	----

32. —	Enseignement des langues étrangères et monopole d'Etat	75
-------	--	----

§ 3. *La Liberté de Conscience*

33. —	Loyalisme des candidats à la naturalisation	77
-------	---	----

Section II. — Contrôle social des libertés individuelles.

§ 1. *Moralité publique et privée*

34. —	La protection des mœurs	81
-------	-----------------------------------	----

§ 2. *Recherche des infractions et des crimes.*

35. —	Les limites de l'enquête de police	83
-------	--	----

36. —	Saisies légales et illégales	85
-------	--	----

§ 3. *Garanties de la procédure pénale*

37. —	Inconstitutionnalité du lynchage légal	88
-------	--	----

* *

38. —	Primauté des libertés individuelles	91
-------	---	----

CHAPITRE III

LES LIBERTÉS ÉCONOMIQUES

39. —	Relativité et déclin de la protection judiciaire	92
-------	--	----

Section I. — Législation et conflits du travail

§ 1. *Législation des Etats*

40. —	I. Réglementation du Contrat de Travail : heures (A), Salaires (B) Droit Syndical (C)	94
-------	---	----

41. —	II. Contrôle administratif des Bureaux de Placement	105
-------	---	-----

42. — III. La loi et les règles traditionnelles de l' <i>Equité</i>	107
IV Réparation des accidents du Travail maritime	109

§ 2. Législation Fédérale

43. — Le pouvoir de Police du Congrès	111
44. — A. Réparation des Accidents du Travail	112
45. — B. Respect du droit syndical	115
46. — C. Protection nationale de l'enfance ouvrière	117
47. — D. Les lois sur les Trusts et l'action ouvrière	122

* *

48. — Affaiblissement de l'opposition judiciaire aux lois sociales	125
--	-----

Section II. — Intervention de l'Etat dans la production des richesses

49. — Les degrés de l'intervention <i>affection to the public interest, Public utilities</i>	127
--	-----

§ 1. Législation locale

50. — Réglementation technique : Boulangerie, commerce de literie, pharmacies.	129
51. — Réglementation juridique, I Régime de l'Autorisation Administrative. A) Agences d'Immigration	132
52. — B) Entreprises de transports privés	134
53. — C) Fabrication de la glace artificielle	139
54. — II. L'inconstitutionnalité des privilèges des coopératives	143
55. — III. Mesures fiscales. Taxes spéciales sur les sociétés commerciales.	147
56. — Réglementation économique. Prix et production	150

§ 2. Législation Fédérale

57. — Interprétation de la loi contre les Trusts. Son évolution	155
58. — La légitimité des <i>Trade Associations</i>	158

* *

59. — Législation technique et législation politique	160
--	-----

CHAPITRE IV

ORGANISATION DES SERVICES PUBLICS.

60. — La Cour Suprême, tuteur des intérêts particuliers	162
---	-----

Section I. — L'Impôt

61. — Caractères et conditions de l'impôt constitutionnel; multiplication des immunités fiscales.	163
--	-----

§ 1. Imposition des organes et instruments de gouvernement

62. — A. <i>Les fonds d'Etat</i> . — Toute combinaison légale ayant pour effet de diminuer les privilèges attachés à leur possession est inconstitutionnelle : <i>National Life Insurance Co v. U. S.</i>	165
63. — L'intention inconstitutionnelle du législateur suffit à rendre invalide un impôt autrement acceptable <i>Mac allen v. Massachussets</i> .	169
64. — Les valeurs non imposables ne peuvent, à aucun titre, servir de base à l'impôt : <i>Missouri v. Gehner</i>	172
65. — Réactions récentes de la Jurisprudence de la Cour.	174

66. — B. *Marchés administratifs*. — Les ventes d'essence au gouvernement fédéral, la vente d'une motocyclette à un Etat membre échappent à l'impôt (Sales taxes). 176
67. — C. *Domaines et propriétés d'Etat*. — L'exploitation d'un locataire privé, exemple d'impôts. 178
68. — D. *Brevets et Copyrights*. — Un revirement de jurisprudence 181

§ 2. *Le Commerce interfédéral et International*

69. — Souveraineté des Etats sur leur trafic domestique. La jurisprudence nouvelle de *Western Union Teleg. v. Kansas* 183
70. — Opposition des juges de la minorité libérale à l'extension de la doctrine : (1925-33) *Ozark v. Monier*; *Cudahy v. Hinckle*; *New-Jersey Bell Teleg. Co v. State Board of Taxation*; *Anglo-Chilean Corp. v. Alabama*; Incertitude du droit et difficultés rencontrées par les administrations fiscales des Etats 186

§ 3. *Définition constitutionnelle de l'impôt direct*

71. — Variations judiciaires. Interprétation restrictive du xvi^e amendement; *Eisner v. Macomber*. 189

§ 4. *Privilège fiscal des juges fédéraux*

72. — *Evans v. Gore* 191

§ 5. *Les conditions du Due process*

73. — Notion générale 193
74. — A. *Les doubles impositions*. Les principes traditionnels 193
75. — Les tendances nouvelles. *Compana de Tabacos de Filipinos v. Collector of Internal Revenue* (1927); *Safe Deposit and Trust Co v. Virginia* (1929) 196
76. — Suppression des doubles impositions en matière successorale : *Farmers Loans and Trust Co v. Minnesota*; *Baldwin v. Missouri*; *Beidler v. South Carolina*; (1930). 199
77. — *First National Bank v. Maine* (1932); persistance des critiques des juges dissidents. Incertitudes de la doctrine de la Cour 203
78. — B. *Présomptions fiscales arbitraires*. *Schlesinger v. Wisconsin* (1926) et *Heiner v. Donnan* (1932) *Hooper v. Wisconsin* (1931) 206
79. — C. *Interdiction de voter des lois rétroactives en matière fiscale* 210
80. — D. *Classifications arbitraires* 213
- E. *Respect des Obligations contractuelles*. 216

§ 6. *L'exigence du but public.*

81. — La protection judiciaire ne profite, en matière fiscale, qu'à un petit nombre de contribuables privilégiés 217
- Dualité de la notion d'utilité publique (impôt et services publics).

Section II. — *Les entreprises de services publics (public utilities)*

82. — Définition et Régime des *Public Utilities* dans la jurisprudence de la Cour. Doctrine des dissents. 220

§ 1. *Le juste tarif*

83. — Origines du contrôle judiciaire. Son caractère véritable 225
84. — A. Méthodes d'évaluation de l'actif en agé. Réaction des Opinions dissidentes contre l'inflation de l'actif. Le système adopté par la Cour dépend de la conjoncture économique 229
- 233

85. — B. La juste rémunération	234
C. Administration des Tarifs	235
§ 2. <i>Pouvoir des commissions administratives de contrôle.</i>	
86. — Les opinions dissidentes défendent avant tout l'intérêt du service. La majorité s'efforce de limiter le contrôle	237
87. — Cet état d'esprit s'affirme encore dans une décision récente (29 mai 1933)	240
* *	
88. — Le rôle nécessaire de la Cour Suprême	243

CHAPITRE V

LES GRANDES THÉORIES DU DROIT CONSTITUTIONNEL
AMÉRICAIN DANS LES OPINIONS DISSIDENTES

89. — A) Contrôle de la Constitutionnalité des lois	245
B) Sens du « <i>Due Process</i> »	247
90. — C) Le Pouvoir de Police	249
D) Définition de l'« <i>Interstate Commerce</i> »	252
91. — E) Théorie des concessions de service public	253
F) Le pouvoir fiscal	255
G) Nature de la procédure d'injonction	255
* *	
92. — La Cour suprême, juge de la légalité administrative	257

CHAPITRE VI

VALEUR DU SYSTEME AMERICAIN

93. — Le gouvernement des Juges. Complexité d'une théorie de ses décisions. Revue des Inconvénients du système : technique constitutionnelle (I); valeur politique (II); Remèdes proposés (III).	259
94. — I. A) Action négative	260
B) Incertitude du droit	261
C) Déformation du travail législatif	261
95. — D) Irrespect des lois	262
E) Moralité politique	262
96. — II. Rôle historique du Gouvernement des Juges	263
97. — III. Quelques remèdes : (Suppression du contrôle — le <i>recall</i> — majorité spéciale. Le choix des Juges.	266
98. — Insuffisance du Système. — Supériorité de l'action gouvernementale directe, en particulier en France.	269
Bibliographie	273
Table des Abréviations	289
Table Analytique des Matières	290

BORDEAUX. — IMPRIMERIE J. BIERE, 18-20-22, rue du Peugue. — 1933
